

MØTEDELTAKELSE OG KONKURRANSEBEGRENSENDE SAMARBEID

Medansvar ved møtedeltakelse

Kandidatnummer: 366

Veileder: Erling Hjelmeng

Leveringsfrist: 25. april 2006

Til sammen 16065 ord

17.06.2006

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
<u>2</u>	<u>METODE</u>	<u>3</u>
<u>3</u>	<u>VILKÅRENE I FORBUDET MOT KONKURRANSEBEGRENSENDE SAMARBEID</u>	<u>4</u>
3.1	Innledning	4
3.2	Konkurransebegrensende samarbeid	4
3.2.1	Foretak	5
3.2.2	Samarbeidskriteriet	6
3.2.3	Konkurransebegrensningskriteriet	7
3.2.4	Samhandelskriteriet	8
3.2.5	Merkbarhetskriteriet	9
3.2.6	Fritak	9
3.2.7	Rettsvirkninger	10
3.3	Kjernen i samordnet praksis	11
3.4	Sentrale elementer i begrepet samordnet praksis	13
3.4.1	Koordinasjon	15
3.4.2	Krav om atferd	18
3.4.3	Krav om årsakssammenheng	18
3.5	Beviskrav og bevisbyrde	21
3.5.1	Innledning	21
3.5.2	Beviskrav	22
3.5.3	Bevisbyrde	25
<u>4</u>	<u>NÆRMERE OM MØTEDELTAKELSE</u>	<u>30</u>
4.1	Problemet	30

4.2	Krav til avstandtakelse	31
4.2.1	Innledning	31
4.2.2	Hva må til for at det er tatt avstand?	32
4.2.3	”Offentlig”	35
4.2.4	Mottakers kunnskap	38
4.2.5	Plikt til å forlate møtet?	39
4.2.6	Er muntlig avstandtakelse tilstrekkelig?	41
4.2.7	Melding til myndighetene	42
4.2.8	Når må avstandtakelsen skje?	43
4.2.9	Betydningen av møtedeltakerens rolle	46
4.3	Bevissspørsmål ved møtedeltakelse	49
<u>5</u>	<u>AVSLUTTENDE KOMMENTAR</u>	<u>53</u>
<u>6</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>54</u>
<u>7</u>	<u>LISTER OVER TABELLER OG FIGURER M V</u>	<u>A</u>

1 Innledning

Oppgavens tema er hvorvidt et foretak som deltar i møter med sine konkurrenter kan holdes ansvarlig etter bestemmelsen i Romatraktatens artikkel 81 eller EØS-avtalens artikkel 53 for brudd på forbudet om konkurransebegrensende samarbeid. Jeg vil ta for meg i hvilken grad foretak som deltar i møter kan sies å delta i en samordnet praksis som utgjør brudd på reglene om konkurransebegrensende samarbeid, og hva som må til for at foretaket kan unngå ansvar. Særlig vil problemstillinger som knytter seg til de materielle vilkår og bevisspørsmål stå i fokus.

Hovedvekten vil være på rettstilstanden slik den er etter de EF-rettslige og EØS-rettslige bestemmelsene. I tillegg viser jeg i enkelte tilfeller til den norske bestemmelsen som er inntatt i konkurranseloven. Andre staters bestemmelser om samme tema vil ikke bli behandlet. Når det gjelder problemstillinger knyttet til bevisspørsmål avgrenser jeg bort fra norsk rett, da rettstilstanden her står i en noe annen stilling enn hvordan rettstilstanden er etter de EF-rettslige reglene.

Oppgavens tema må anses som praktisk relevant da det innen de fleste bransjer i næringslivet vil være slik at de ulike aktørene på forskjellige måter har kontakt med hverandre. Når de har slik kontakt er det viktig at de er bevisste på hvordan de opptrer, slik at de ikke opptrer i strid med forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid. Brudd på bestemmelsene kan medføre sanksjoner som vil være byrdefulle for foretakene. I tillegg vil det å ha en pågående prosess imot seg i seg selv utgjøre en byrde for foretakets arbeid og dets renommé.

Jeg var valgt å ta for meg dette området da jeg fant det aktuelle regelverket spennende da jeg hadde faget EØS-rett på offentlig rett grunnfag. Samtidig verserer saker relatert til konkurranserett stadig i media, noe som også har medvirket til at jeg har fattet interesse for det aktuelle temaet.

I det følgende vil jeg i punkt 2 redegjøre kort for rettskildesituasjonen for oppgavens tema og peke på de metodiske særtrekk som gjør seg gjeldende. Videre vil jeg i punkt 3 gi en oversikt over vilkårene i konkurransebegrensningsforbudet og redegjøre nærmere for innholdet i begrepet samordnet praksis samt de bevisspørsmål som reiser seg i tilknytning til dette begrepet. Endelig går jeg i punkt 4 nærmere inn på møtedeltakelse. Til slutt følger en avsluttende kommentar i punkt 5 hvor jeg peker på de sentrale slutninger jeg har kommet frem til.

2 Metode

Regler om konkurransebegrensende samarbeid finnes i EF traktatens¹ artikkel 81 (tidligere artikkel 85), i EØS avtalens hoveddel² artikkel 53. I tillegg har en rekke stater internrettslige bestemmelser som er likelydende, for eksempel den norske bestemmelsen inntatt i konkurranseloven³ av 5. mars 2004 nr. 12 § 10. Disse bestemmelsene danner grunnlaget for oppgavens tema.

EF-rettslige kilder er avgjørende for å fastlegge det rettslige innholdet i de tre bestemmelsene.⁴ Bestemmelsene er tilnærmet likelydende, dog slik at den nasjonale bestemmelsen ikke har et krav om påvirkning av samhandelen. Imidlertid skal tolkningen av konkurranseloven samsvare med bestemmelsen i EØS avtalen som igjen er ment å samsvare med bestemmelsen i Romatraktaten.

At kilder fra EF-retten er dominerende gjør også at den EF-rettslige metode vil være relevant. Da oppgavens tema ikke knytter seg til rettskildelære vil jeg ikke gå inn på og behandle denne.

Når det gjelder behandlingen av oppgavens tema vil avgjørelser fra domstolene i EU, EF-Domstolen og EF-Retten, være den dominerende rettskilde. I tillegg vil også juridisk litteratur om emnet være av betydning.

¹ Romatraktaten av 25. mars 1957.

² Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde.

³ Lov av 5. mars 2004 nr. 12.

⁴ Se Ot.prp. nr. 6 2003-2004 s. 224 andre spalte.

3 Vilkårene i forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid

3.1 Innledning

I det følgende vil jeg gi en oversikt over vilkårene i konkurransebegrensningsforbudet og særlig gå inn på og behandle kriteriet samordnet praksis.

Ved tolkningen av bestemmelsen om konkurransebegrensende samarbeid vil uttalelser i fortalen og i prinsippbestemmelsene i Romatraktaten være av betydning⁵. Lignende uttalelser finnes også i EØS avtalen.⁶ Det sentrale her er at regelverket skal bidra til å styrke konkurransen som igjen vil sikre en bedre ressursutnyttelse.⁷

3.2 Konkurransebegrensende samarbeid

For at forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid skal være overtrådt må fire vilkår være oppfylt. Det må for det første dreie seg om to eller flere foretak, og det må være et samarbeid mellom disse i form av en avtale, beslutning av sammenslutninger av foretak eller en samordnet praksis. Ytterligere er det et vilkår at samarbeidet har hatt som formål eller virkning å begrense konkurransen. Videre kreves og at det har vært en påvirkning av samhandelen mellom medlemsstater og endelig er det et vilkår at samhandelen er påvirket merkbart.

⁵ Se Romatraktatens artikkel 2, artikkel 3 g).

⁶ Se EØS-avtalens hoveddel fortalen avsnitt 5 og 14 og artikkel 1 nr 1 e).

⁷ Se også til illustrasjon konkurranselovens § 1.

Konkurransbegrensende samarbeid kan forekomme i to former, horisontalt eller vertikalt. Der det er tale om horisontalt samarbeid vil det være samarbeid mellom aktører i samme ledd i en bransje. Det kan for eksempel være prissamarbeid, markedsdeling, tilpasning av avtalevilkår etc. Dette vil være tilfelle dersom teleselskapene Telenor, Netcom og Chess går sammen og blir enige om prisene på tellerskritt som de skal tilby forbrukerne. Der det er tale om vertikalt samarbeid vil det være samarbeid mellom aktører på ulike ledd i omsetningskjeden. I denne fremstillingen vil jeg kun behandle tilfeller der det forekommer horisontalt samarbeid.

3.2.1 Foretak

For at reglene om konkurransbegrensende samarbeid skal komme til anvendelse må det være et foretak som er innblandet. Viktig blir da å avklare meningsinnholdet av begrepet ”foretak”. Et foretak er etter EF-domstolens rettspraksis en enhet involvert i økonomiske aktiviteter uavhengig av den rettslige statusen til enheten og måten den er finansiert.⁸ Imidlertid gjelder reglene ikke for aktiviteter hvis mål og reguleringer ikke er gjenstand for området for økonomiske aktiviteter eller som er forbundet med utøvelsen av offentlig myndighetsutøvelse.

For at det skal være flere foretak må det være to eller flere aktører som er uavhengige av hverandre rent økonomisk sett. Derfor vil ulike enheter i en og samme struktur, som for eksempel mor- og datterselskap, falle utenfor. Det sentrale for om det er en uavhengig økonomisk aktør er om aktøren har noen reell mulighet til å fatte selvstendige beslutninger vedrørende sin egen markedsatferd.⁹ Som eksempel vil aluminiumsdelen av Hydro neppe bli ansett som et eget foretak selv om den er klart atskilt fra olje og gass delen av selskapet.

⁸ Se C-41/90 Höfner and Elser v Macrotron GmbH. Se også Richard Whish, Competition Law fifth edition s. 81 og Jens Fejø EU-konkurrenserett 2. utgave 1997 s. 46.

⁹ Fejø EU-konkurrenserett s. 49-50, se Fredrik Sejersted m.fl. EØS-rett 1999 s. 289.

Tilsvarende må gjelde for enkelte av Telenors datterselskaper. Jeg vil i det følgende ikke gå ytterligere inn på innholdet i dette begrepet.

3.2.2 Samarbeidskriteriet

Et av de vilkårene som må være oppfylt er det såkalte samarbeidsvilkåret. Av lovteksten følger det at ”Enhver avtale mellom foretak, enhver beslutning truffet av sammenslutninger av foretak og enhver form for samordnet opptreden” rammes. Det må altså foreligge en form for samarbeid.

Også begrepet ”avtale” er et sentralt begrep i bestemmelsen. Avtalebegrepet er i EF-domspraksis forstått meget vidt. Det er antatt at det foreligger en avtale når virksomhetene har gitt uttrykk for en felles vilje til å opptre på markedet på en bestemt måte.¹⁰ Partene må nå til en alminnelig enighet som begrenser deres handlefrihet.¹¹ Utover hva jeg har behandlet ovenfor, vil jeg i det følgende ikke gå ytterligere inn på dette begrepet.

Når det gjelder ”beslutning truffet av sammenslutninger av foretak” er det uten betydning om beslutningen er bindende eller ikke.¹² EF-domstolen har tolket begrepet ”beslutning” vidt. Utover hva jeg har omtalt her, vil jeg ikke i det følgende gå ytterligere inn på hva som ligger i dette begrepet.

Når det gjelder begrepet ”samordnet praksis”, vil dette bli omhandlet nærmere nedenfor under punkt 3.3 følgende og 4. Jeg viser derfor til behandlingen der.

¹⁰ C-41/69 ACF Chemiefarma mot Kommisjonen.

¹¹ Fejø EU-konkurrenserett s. 37.

¹² Fejø EU-konkurrenserett s. 39, Sejersted m.fl EØS-rett s. 289.

3.2.3 Konkurransbegrensningskriteriet

Et ytterligere vilkår er at det må være tale om samarbeid ”som har til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen”. De angitte vilkårene må anses som alternativer, jf. ”eller”. Det er dermed tilstrekkelig at det enten er konkurransbegrensende formål eller konkurransbegrensende virkning.¹³ Opplistingen ”hindre, innskrenker eller vri konkurransen” må ses som en eksemplifisering, slik at det er av liten betydning å skille mellom de ulike formene og gå inn på hva som ligger i hvert enkelt begrep. Praksis fra EF-domstolen indikerer at det er enhver begrensning av konkurransen som rammes.¹⁴

For at konkurransen skal kunne sies å være begrenset, må det kunne konstateres at minst en av partene begrenser sin handlefrihet. Det er da tale om begrensninger i det indre forholdet. Samtidig må det også forekomme begrensninger i det ytre forholdet. Det vil da være tale om at valgmulighetene for tredjemenn som begrenses.¹⁵

Videre er det ikke bare der det kan påvises en aktuell begrensning at konkurransbegrensningskriteriet er oppfylt. Bestemmelsene om konkurransbegrensende samarbeid er ment å beskytte så vel den aktuelle som potensielle konkurranse, og bestemmelsene er ment å være anvendelige på ethvert nivå.¹⁶

Som jeg vil komme tilbake til synes rettspraksis fra EF-Domstolen å indikere at konkurransbegrensningskriteriet og samarbeidskriteriet når det gjelder samordnet praksis ofte behandles under ett. Jeg viser derfor også til punkt 3.4.3.

¹³ Wish, Competition Law s. 109.

¹⁴ Fejø EU-konkurrenserett s. 54.

¹⁵ Fejø EU-konkurrenserett s. 53-54, Sejersted m.fl EØS-rett s. 290.

¹⁶ Fejø EU-konkurrenserett s. 53.

3.2.4 Samhandelskriteriet

Et tredje vilkår som må være oppfylt for at det skal være et konkurransebegrensende samarbeid er det såkalte samhandelskriteriet. Romatraktatens artikkel 81 og EØS avtalens artikkel 53 krever at samarbeidet ”kan påvirke handelen mellom avtalepartene”. Et slikt krav finnes ikke i konkurranselovens § 10¹⁷. Grunnen til at dette kriteriet ikke er inntatt i den norske bestemmelsen er fordi konkurranseloven bare gjelder internt i Norge, jf. § 5.¹⁸

Kriteriet innebærer en avgrensning i anvendelsesområde overfor medlemsstatenes nasjonale konkurranselovgivning. EF-domstolens praksis viser at det skal svært lite til før handelen anses påvirket. Det er nok at handelen potensielt kan påvirkes direkte eller indirekte.^{19 20}

I situasjoner der det kun er handelen innenfor én stat er man utenfor bestemmelsenes anvendelsesområde. Dette vil være tilfellet dersom det kun er handelen i Norge som er påvirket, eller kun handelen i Frankrike som er påvirket. Det samme gjelder i tilfeller hvor det er påvirkning mellom stater som ikke er medlemmer av EU eller EØS. For eksempel dersom det kun er samhandelen mellom USA og Canada som er påvirket. Ytterligere vil situasjoner der samhandelen i kun én EF/EØS stat og et eller flere tredjeland er påvirket også falle utenfor ift. artikkel 53 og 81. Dette vil være tilfelle der samhandelen mellom Finland og Russland er påvirket.

¹⁷ Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger av 5. mars 2004 nr. 12.

¹⁸ Ot.prp. nr. 6 2003-2004 s. 224 andre spalte.

¹⁹ C-89/85 A. Ahlstrøm Osakeyhtiö m.fl mot Kommissjonen premiss 142 og 143, C-359/01 P British Sugar plc mot Kommissjonen premiss 27.

²⁰ Wish, Competition Law s. 137-139.

3.2.5 Merkbarhetskriteriet

I tillegg til de vilkår som følger av traktatteksten har EF-Domstolen innfortolket et ekstra vilkår i artikkel 81, og det er på det rene at disse og gjelder for artikkel 53 i EØS avtalen og for konkurranselovens § 10.²¹ Det kreves at samarbeidet må påvirke samhandelen og konkurransen merkbart.²² Samarbeid som anses som ubetydelige, såkalte bagatellavtaler, faller dermed utenfor forbudet.

For å gjøre vurderingen lettere i forhold til om samhandelen er påvirket merkbart har både Kommisjonen og EFTAs overvåkningsorgan avgitt en meddelelse om når samhandelen anses for å være påvirket merkbart. Det er tale om den såkalte Bagatellmeddelselsen²³. Her fastslås det at der hvor det er klare tilfeller av horisontalt konkurransebegrensende samarbeid, noe som vil være tilfelle der det er snakk om prissamarbeid eller markedsdeling, så vil samarbeidet alltid anses som merkbart.²⁴ Kravet om merkbarhet vil således alltid være oppfylt for de tilfeller som faller innenfor oppgavens tema. Derfor vil det nærmere innhold i merkbarhetskravet ikke være av betydning for oppgavens tema, og jeg går derfor ikke ytterligere inn på dette kravet.

3.2.6 Fritak

I enkelte tilfelle kan konkurransebegrensende samarbeid som strider mot ordlyden i artikkel 81 (1), artikkel 53 (1) eller § 10 likevel være lovlige. Dette vil være tilfelle dersom

²¹ Ot. prp. nr. 6 2003-2004 s. 225 første spalte.

²² Fejø EU-konkurrenserett s. 54.

²³ EØS tillegg til EFT nr 15. av 20.03.2003, og EFT C 368 av 22.12.2001 s. 13.

²⁴ Wish, Competition Law s. 135.

samarbeidet oppfyller de fire vilkårene i unntaksregelen som er angitt i artikkel 81 (3), artikkel 53 (3) eller i § 10 (3).

For det første kreves at samarbeidet ”bidrar til å bedre produksjonen eller fordelingen av varene eller til å fremme den tekniske eller økonomiske utvikling”. Det kreves også at foretakene sikrer forbrukerne en rimelig andel av de fordeler som er oppnådd med samarbeidet. Endelig kreves det at det enten skjer uten å pålegge vedkommende foretak restriksjoner som ikke er absolutt nødvendige for å nå de ovenfornevnte målene eller at det skjer uten å gi foretakene mulighet til å utelukke konkurranse for en vesentlig del av de varene det gjelder. Jeg vil ikke behandle disse vilkårene nærmere, da de ikke er av sentral betydning for oppgavens tema.

3.2.7 Rettsvirkninger

Jeg vil i det følgende redegjøre for hvilke rettsvirkninger det medfører at det konstateres at et foretak har overtrådt forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid.

Dersom det konstateres brudd kan foretaket risikere flere ulike typer sanksjoner. Det mest vanlige er at Kommisjonen, EFTAs overvåkningsorgan (ESA) eller de nasjonale konkurransemyndigheter (Konkurransetilsynet for Norges vedkommende.) ilegger bøter.²⁵ Etter rådsforordning nr 17 1962 artikkel 15 følger det at Kommisjonen kan pålegge bøter. Artikkel 16 i samme forordning åpner også for å ilegge tvangsbøter i tilfeller hvor en forpliktelse ikke etterkommes og å tvinge foretakene til å bringe overtredelsene til opphør.²⁶ Tilsvarende følger det at det kan ilegges overtredelsesgebyr etter konkurranselovens § 29. Det kan også etter konkurranselovens § 30 være aktuelt å reagere

²⁵ Fejø EU-konkurrenserett s. 75, Sejersted m.fl EØS-rett s. 288.

²⁶ Fejø EU-konkurrenserett s. 79.

med illeggelse av straff. Generelt kan det også tenkes at brudd på bestemmelsen kan utløse erstatningsansvar.²⁷

En annen rettsvirkning, som i praksis er mindre vanlig, er at det konstateres ugyldighet. Etter Romatraktatens artikkel 81 nr. 2 følger det at avtaler som strider mot nr. 1 er uten rettsvirkning. Det samme følger også av EØS avtalens artikkel 53 nr. 2 og av konkurranselovens § 10 2. ledd. Da oppgavens tema er når møtedeltakelse rammes vil jeg ikke gi noen nærmere behandling av rettsvirkningene av at forbudet er overtrådt.

3.3 Kjernen i samordnet praksis

Jeg vil i det følgende behandle hva som skal til for at det generelt dreier seg om en ”samordnet praksis”. Begrepet ”samordnet praksis” synes rent språklig å indikere at det er en faktisk atferd som er samordnet. Ut over dette kan ikke lovteksten bidra med noe særlig til klarlegging av hva som skal til for at dette vilkåret er til stede.

Når innholdet av begrepet skal fastlegges er det også viktig å ta i betraktning de hensyn som reglene skal ivareta. Normalt vil aktører i horisontal kartellvirksomhet forsøke å etterlate få spor etter kartellvirksomheten. Dette innebærer at skriftlig materiale etc. vil bli forsøkt destruert. Dermed kan det bli vanskelig å bevise at det foreligger en avtale mellom foretak. For å hindre at man alt for lett kan omgå forbudet er det i de aktuelle bestemmelsene i tillegg til begrepet avtale også tatt inn et alternativ som gjør at ”enhver form for samordnet opptreden” rammes. Dette skal sikre at omgåelse ikke skjer. Ellers ville forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid blitt lite effektivt og umulig å håndheve. Dette hensynet tilsier dermed også at samordnet praksis tillegges et vidt meningsinnhold.²⁸

²⁷ Fejø EU-konkurrenserett s. 80.

²⁸ Se Goyder, EC Competition Law, fourth edition, s 71.

Dette hensynet fremkommer blant annet i Chemie Linz avgjørelsen²⁹, hvor det uttales at ””samordnet praksis” indføjet i traktaten for at forhindre, at virksomheder omgår artikel 85, stk. 1”³⁰. Dette tilsier derfor en ganske vid tolkning, slik at omgåelser ikke lar seg gjøre.

På den annen side vil brudd på reglene kunne medføre at foretak ilegges sanksjoner. Når juridiske personer pålegges byrder tilsier legalitetsprinsippet at dette må ha hjemmel i lov. Derfor bør det heller ikke kunne anlegges en for vid tolkning.

Utgangspunkt er at foretakene skal ha en selvstendig og uavhengig markedsatferd.³¹ Det ønskelige er at det enkelte foretak i en bransje ut fra den informasjon som er allment tilgjengelig i markedet uavhengig og på egen hånd fastsetter sin atferd på markedet. Dersom dette skjer, antas det at konkurransen vil bli effektiv, og at man slik igjen oppnår effektiv ressursutnyttelse.

Utgangspunktet og grunntanken kommer til uttrykk i A. Ahlstrøm Osakeyhtiö avgjørelsen premiss 63 hvor det uttales at ”kriterierne om koordination og samarbejde skal forstås ud fra den grundtanke, der ligger bag traktatens konkurrencebestemmelser, og hvorefter enhver erhvervsdrivende uafhængigt skal tage stilling til den politik, han vil føre på det fælles marked.”³²

²⁹ T-15/89 Chemie Linz AG mot Kommissjonen, premiss 278.

³⁰ Se også til illustrasjon Kommissjonens beslutning 89/191 LdPE av 21. des 1988 premiss 40.

³¹ Se Sejersted m. fl EØS-rett s. 289.

³² C-89/85 A.Ahlstrøm Osakeyhtiö mot kommissjonen premiss 63. Se og C-172/80 Gerhard Zuechner mot Bayerische Vereinsbank AG premiss 13, C-49/92 P Kommissjonen mot Anic Partecipazioni SpA premiss 116, C-199/92 P Hüls AG mot Kommissjonen premiss 159, C-7/95 P John Deere Ltd mot Kommissjonen premiss 86, sak T-15/89 Chemie Linz AG mot Kommissjonen premiss 279 og 303 og sak T-61/99 Adriatica di Navigazione SpA mot Kommissjonen premiss 89. Se også til illustrasjon Kommissjonens beslutning 89/191 LdPE av 21. desember 1988 premiss 40.

3.4 Sentrale elementer i begrepet samordnet praksis

Når det nærmere innholdet av begrepet samordnet praksis skal fastlegges må man gå til rettspraksis. EF-Domstolen har trukket opp grensene for og fastlagt hva som skal til for at det skal foreligge en samordnet praksis.

Ut fra EF-Domstolens praksis kan vilkåret samordnet praksis splittes i tre elementer.³³ For det første må foretakene ha foretatt en koordinasjon, med andre ord en samordning. For det andre må det være en atferd i ettertid. Endelig kreves det for det tredje at det er årsakssammenheng mellom koordineringen og den etterfølgende atferd. Sagt på en annen måte synes det å kreves at atferden må være et resultat av koordinasjonen. Disse kriteriene er fulgt opp i en rekke dommer, slik at prejudikatsverdien til de første dommene må anses som betydelig. Se for eksempel *Anic Partecipazioni* avgjørelsens premiss 118 hvor det uttales *at*:

”[B]egrebet ”samordnet praksis” – ud over et element af samordning mellem virksomhederne – forudsætter en adfærd på markedet, der ligger i forlængelse af denne samordning, samt årsagsforbindelse mellem samordningen og adfærden.”

Den første avgjørelsen som trekker opp innholdet i begrepet samordnet praksis er avgjørelsen fra EF-domstolen, C-48/69 *ICI v Kommisjonen*³⁴. Sentrale er uttalelsene i premiss 64 hvor det uttales at det med samordnet praksis menes:

”[A] form of coordination between undertakings which, without having reached the stage where an agreement properly so-called has been concluded, knowingly substitutes practical cooperation between them for the risks of competition.”^{35 36}

³³ C-49/92 P *Kommisjonen mot Anic Partecipazioni SpA* premiss 118, C-199/92 P *Hüls AG mot Kommisjonen* premiss 161. Se også til illustrasjon *Svenske Marknadsdomstolen* 2005 nr 7 s. 20.

³⁴ C-48/69 *ICI mot Kommisjonen* premiss 64.

³⁵ Uttalelsen er fulgt opp i sak T-30/91 *Solvay SA mot Kommisjonen* premiss 66, sak C-40/73 *Suiker Unie mot Kommisjonen* premiss 26, C-172/80 *Gerhard Zuechner mot Bayerische Vereinsbank AG* premiss 12, C-

Av uttalelsene kan det utledes at det kreves en koordinasjon. For at det skal være en koordinasjon må det være et praktisk samarbeid som trer i stedet for konkurransens risiko. Det må også være slik at foretakene er klar over dette, jf ”knowingly”.³⁷ For at det skal være tale om et praktisk samarbeide synes det å måtte utledes et nødvendig element at det må ha vært kontakt mellom partene.

At kontakt mellom foretakene er et nødvendig element fremgår også av rettspraksis. Innholdet i begrepet samordnet opptreden ble utdypet i avgjørelsen fra EF-domtolen i sak C-40/73 Suiker Unie mot Kommissjonen³⁸. Saken gjaldt flere sukkerprodusenter som inngikk avtaler om forbud mot å selge til andre enn de andre produsentene i et land, og at man dermed måtte avstå fra å eksportere til land der sukker var dyrere enn i sitt eget. I premiss 174 ble det om samordnet praksis uttalt at:

*”[I]t does however strictly prelude any direct or indirect contact between such operators, the object or effect whereof is either to influence the conduct on the market of an actual or potential competitor or to disclose to such a competitor the course of conduct which they themselves have decided to adopt or contemplate adopting on the market.”*³⁹

89/85 A. Ahlstrøm Osakeyhtiö m.fl. mot Kommissjonen premiss 63, C-49/92 P Kommissjonen mot Anic Partecipazioni SpA premiss 115 og C-199/92 P Hüls AG mot Kommissjonen premiss 158. Se også til illustrasjon Kommissjonens beslutning 89/191 LdPE av 21. desember 1988 premiss 39 og Svenske Marknadsdomstolens dom 2005 nr 7 s. 20.

³⁶ Fejø EU-konkurrenserett s. 40.

³⁷ Sejersted m. fl EØS-rett s. 290.

³⁸ C-40/73 Suiker Unie mot Kommissjonen.

³⁹ Uttalelsene er fulgt opp i sak C-172/80 Gerhard Zuechner mot Bayerische Vereinsbank AG premiss 14, C-49/92 P Kommissjonen mot Anic Partecipazioni SpA premiss 117, C-199/92 P Hüls AG mot Kommissjonen premiss 160, C-7/95 P John Deere Ltd mot Kommissjonen premiss 87, sak T-15/89 Chemie Linz AG mot Kommissjonen premiss 279 og 303, T-61/99 Adriatica di Navigazione SpA mot Kommissjonen premiss 89 og 101. Se også til illustrasjon Kommissjonens beslutning 89/191 LdPE av 21. desember 1988 premiss 40 og Svenske Marknadsdomstolen 2005 nr 7 s. 20.

Basert på denne rettspraksis har det i juridisk teori vært trukket frem at det sentrale i begrepet samordnet praksis er at det er en felles forståelse basert på kontakt⁴⁰.

Jeg vil i det følgende gå nærmere inn på de ulike elementene.

3.4.1 Koordinasjon

Som nevnt må det foreligge en koordinasjon eller samordning. Når det nærmere innholdet i dette elementet skal fastlegges kan det sondres mellom der tilpasning skjer uavhengig og der den ikke skjer uavhengig. Det kan og sondres mellom ensidig og gjensidig tilpasning. Sondringene kan illustreres ved følgende skjema hvor kolonnene illustrerer tilfeller hvor aktørene i markedet fastlegger sin atferd uavhengig og avhengig av hverandre. Radene illustrerer tilfeller der det skjer en ensidig eller gjensidig tilpasning til hverandre. De to sondringene medfører at man får i alt fire ulike situasjoner som kan forekomme:

	Avhengig	Uavhengig
Gjen-sidig	Forbudt	Lovlig
En-sidig	Forbudt	Lovlig

I den øverste ruten til venstre vil det være tilfeller der det skjer en gjensidig tilpasning, men denne er avhengig. I ruten øverst til høyre er det tilfeller hvor det er en gjensidig tilpasning

⁴⁰ Se Richard Wish, Competition Law, fifth edition, 2003 s. 100.

som er uavhengig. Nederst til venstre er det tilfeller med ensidig tilpasning som er avhengig. Og nederst til høyre er det tilfeller av ensidig tilpasning som er uavhengig.

Som nevnt er utgangspunktet at den enkelte aktør på markedet uavhengig skal fastsette sin atferd på markedet. At atferden skal være uavhengig synes å være forenelig med et krav om at det ikke har vært kontakt mellom aktørene. Og når det ikke har vært kontakt vil det heller ikke være tale om noen samordnet praksis. For at det skal være en samordnet praksis må det som nevnt være en felles forståelse basert på kontakt.

Av rettspraksis følger det at en ensidig tilpasning er noe som foretakene kan foreta uten risiko for å komme i ansvar. Rettspraksis slår fast at foretakene har rett til å foreta nødvendige tilpasninger til deres konkurrenters konstaterte og antagelige atferd.^{41 42} Dette kan de gjøre uten å komme i strid med forbudet. Imidlertid må denne tilpasningen skje basert på de faktorer som er alminnelig tilgjengelig for aktørene. Det er ansett som en fordel at aktører i en bransje benytter seg av tilgjengelig informasjon, da dette bidrar til økt konkurranse.

I enkelte tilfelle kan det virke som at det er en ensidig tilpasning, men hvor man likevel vil komme i ansvar. Dette kan for eksempel være tilfelle der to aktører er enige om at den ene skal høyne sin pris på et produkt slik at den samsvarer med den andres. Selv om det kun er den ene aktøren som i dette tilfelle endrer sin atferd kan dette ikke ses som en ensidig tilpasning som går fri av forbudet. Det vil være elementer av gjensidighet i en slik situasjon, da den andre parten opprettholder sin atferd, noe som ikke er gitt dersom den første aktøren ikke hadde tilpasset sin atferd. I en slik situasjon vil det fullt ut være en felles

⁴¹ C-48/69 ICI v Kommissjonen premiss 118, C-89/85 A. Ahlstrøm Osakeyhtiö m.fl mot Kommissjonen premiss 71, C-49/92 Kommissjonen mot Anic Partecipazioni SpA premiss 115, C-7/95 P John Deere Ltd mot Kommissjonen, premiss 87, T-15/89 Chemie Linz AG mot Kommissjonen premiss 279 og 303, T-61/99 Adriatica di Navigazione SpA mot Kommissjonen premiss 89. Se også til illustrasjon Kommissjonens beslutning 89/191 LdPE av 21. desember 1988 premiss 40.

⁴² Fejø EU-konkurrenserett s. 43, Sejersted m.fl EØS-rett s. 289.

forståelse mellom partene at dette skal skje og det har vært kontakt, og dermed vil det foreligge en samordnet praksis. En ensidig tilpasning er dermed ikke i seg selv forenelig eller i strid med forbudet om konkurransebegrensende samarbeid.

Videre kan det reises spørsmål om aktørene kan sies å være uavhengige i tilfeller der det er gjensidig tilpasning. Også i disse tilfellene så må man se på om vilkårene er oppfylt. Der flere aktører uavhengig tilpasser seg hverandre, for eksempel på grunn av markedets gjennomsiktighet, så er dette fullt ut lovlig. Men dersom det er kontakt som ligger bak den gjensidige tilpasningen så vil det trolig være en felles forståelse og dermed ulovlig. I slike tilfeller kan foretakene ikke sies å opptre uavhengig. Dermed har det ingen betydning om tilpasningen er ensidig eller gjensidig. Om det er ulovlig beror på om tilpasningen er knyttet opp mot en felles forståelse basert på kontakt.

Spørsmålet er så hva som skal til for at det foreligger kontakt. Ved fastleggelsen av innholdet i dette elementet må man ha i minne avveiningen mellom hensynet til effektiv håndhevelse og legalitetsprinsippet. Det synes klart at der partene fysisk møtes må dette regnes som en direkte kontakt. Også kommunikasjon via brev, e-post eller over telefon vil klart kunne regnes som direkte kontakt.

Indirekte kontakt kan tenkes å være der partene setter for eksempel relevant informasjon i avisen, slik at konkurrentene på slik måte får tilgang til de andres informasjon. Det må riktignok trekkes en grense. Markedsføring rettet mot kunder må foretakene fritt kunne foreta. Derimot vil informasjon som kundene ikke har noen nytte av, og som kun vil være av interesse for konkurrentene lettere kunne medføre at det anses som en indirekte kontakt. Ytringer og meddelelser som er allment tilgjengelige, men som ikke er rettet mot konkurrentene kan ikke sies å innebære kontakt. For eksempel når en bensinstasjon på sin søyle utenfor stasjonen oppstiller drivstoffprisene, så kan dette ikke sies å innebære noen kontakt selv om konkurrentene lett kan få tilgang på informasjonen.

At det må foreligge en felles forståelse harmonerer godt med at foretakene må være klar over forholdene, jf ”knowingly” og uttalelsene om at det må være et samarbeid. Det kan vanskelig tenkes å eksistere et samarbeid hvor de involverte partene ikke kan sies å ha en felles forståelse.

3.4.2 Krav om atferd

Som nevnt ovenfor er det også et krav til atferd på markedet.⁴³ Det følger av rettspraksis at dette kravet er forstått vidt, slik at så lenge et foretak er aktiv på markedet så utviser det en atferd. Det er imidlertid intet krav om at denne atferden har en virkning å begrense, forhindre eller fordreie konkurransen. For at selve kravet om atferd ikke skal være oppfylt må det være slik at foretaket verken har vært eller vil bli aktiv på markedet. For eksempel dersom en kjøttprodusent er i kontakt med aktører i oljebransjen og det fremkommer informasjon om fremtidig markedsatferd i oljebransjen. Kjøttprodusenten kan da ikke tas for samordnet praksis når den ikke er eller har vært aktiv i oljebransjen. I tilfeller der foretaket har vært aktive, men så avstår fra å opptre på det relevante markedet kan dette ses som en atferd. Spesielt i situasjoner hvor nettopp det konkurransebegrensende samarbeidet er en markedsdeling som går ut på at foretaket ikke skal være aktiv på markedet der konkurrenten opptre.

3.4.3 Krav om årsakssammenheng

Som nevnt ovenfor oppstiller rettspraksis et krav om at det må være årsakssammenheng mellom koordinasjonen og atferden på markedet. At det gjelder et slikt krav om årsakssammenheng kan utledes av *Anic Partecipazioni* avgjørelsens premiss 118 hvor det uttales *at*:

⁴³ C-49/92 P Kommisjonen mot *Anic Partecipazioni SpA* premiss 124.

”begrebet ”samordnet praksis” – ud over et element af samordning mellem virksomhederne – forudsætter en adfærd på markedet, der ligger i forlængelse af denne samordning, samt årsagsforbindelse mellem samordningen og adfærden.”

Det er altså slik at den atferd et foretak utviser på markedet må være et resultat av den samordning som har skjedd. Det må da sondres mellom det at det ikke er påkrevet at det er noen konkurransebegrensende virkning, og at det kreves at det er en atferd som kan knyttes opp mot den samordning som tidligere har skjedd. I Anic Partecipazioni avgjørelsen bekreftes det og at det ikke skal forstås slik at enhver atferd vil være iscenesatt av samordningen, slik at det alltid vil være årsakssammenheng, jf premiss 119.

Det bør også bemerkes at selv om det er et materielt krav om årsakssammenheng vil dette ofte være oppfylt, da det eksisterer en bevispresumpsjon om at foretak tar hensyn til informasjon i sin senere atferd. Se nærmere om dette under punkt 3.5.

Hva som ligger i kravet til årsakssammenheng illustreres i Montecatini avgjørelsen⁴⁴ i premiss 140. Det uttales her at *”måtte det kræves, at møderne for virksomhederne skaber en anden adfærd end den, de sandsynligvis ville have lagt for dagen, såfremt møderne ikke havde fundet sted.”* Det gis altså anvisning på en slags form for differanselære hvor den faktiske atferd må avvike fra en hypotetisk atferd.

Imidlertid kan det også reises spørsmål ved om det kreves at samordnet praksis innebærer at den har hatt virkninger som påvirker konkurransen for at det skal være et brudd på bestemmelsen. Generelt er rettspraksis fra EF-domstolen noe uklar på dette punktet da den synes behandle kriteriet om konkurransebegrensende virkning eller formål og elementet om årsakssammenheng mellom samordningen og atferden i samarbeidskriteriet under ett. I en rekke tilfeller synes det og som om EF-domstolen behandler de materielle kravene og hva som kreves med hensyn til bevis under ett.

⁴⁴ C-235/92 P Montecatini SpA mot Kommisjonen, premiss 140.

Generelt synes begrepet ”samordnet praksis” rent språklig å indikere at det må være en sammenheng mellom atferden og den kontakten som har vært mellom foretakene. Det er da ikke nok at det fra foretaket er utvist en atferd. Ordlyden tilsier dermed at atferden må være utslag av den kontakt som har forekommet mellom foretakene. Imidlertid synes rettspraksis fra EF domstolen å tilsi at dette ikke er nødvendig i alle tilfeller. Det er en rekke dommer som tilsier at samordnet praksis omfattes selv uten konkurransebegrensende virkning.^{45 46} Omfanget gir stor prejudikatsverdi, noe som berettiger å fravike den forståelse som følger av ordlyden. Hensynet til en effektiv håndhevelse tilsier også at det ikke kreves at det har hatt en slik virkning. Dette vil være mye vanskeligere å bevise, og det er dermed vanskeligere å få dømt overtredere. Ordlydens kontekst, med tanke på at konkurransebegrensningsvilkåret stiller opp to alternativer, formål eller virkning, rettfærdiggjør også å fravike ordlyden ”samordnet praksis”, da konkurransebegrensningskriteriet er et løsrevet kriterium i forhold til samarbeidsvilkåret. Motsatt tilsier legalitetsprinsippet at lovtekstens ordlyd bør legges til grunn.

Generelt medfører konkurransebegrensningskriteriet at det ikke trengs å påvises noen konkurransebegrensende virkning dersom det er påvist et konkurransebegrensende formål.⁴⁷ Og ovenfor har jeg fastslått at begrepet samordnet praksis består av tre elementer, samordning, atferd og årsaksforbindelse mellom samordningen og atferden. Når det gjelder selve atferden synes det ikke å gjelde noe krav om at denne er konkurransebegrensende. Imidlertid må samordningen ha gitt utslag på atferden i og med kravet om årsakssammenheng. Det må da være slik at atferden er annerledes enn det den ellers ville vært, selv om det ikke kreves at den har virkninger som er konkurransebegrensende.⁴⁸

⁴⁵ C-199/92 P Hüls AG mot Kommissjonen premiss 163, T-141/94 Thyssen Stahl AG mot Kommissjonen premiss 269-272.

⁴⁶ Wish, Competition Law s. 101.

⁴⁷ Sejersted m.fl EØS-rett s. 290.

⁴⁸ Se C-49/92 P Kommissjonen mot Anic Partecipazioni SpA premiss 99 122 og 124, C-199/92 P Hüls AG mot Kommissjonen premiss 163-165, C-235/92 P Montecatini SpA mot Kommissjonen premiss 122-125.

Det er da tilstrekkelig at det har vært et konkurransebegrensende formål.

Når EF-Domstolen uttaler seg om hva som kreves med henhold til bevis, og fastslår at der det er påvist et konkurransebegrensende formål, så trengs det ikke påvises noen virkning, må og ses i sammenheng med at kravet om virkning eller formål er alternative. Likevel synes det ikke grunn til å forstå slike uttalelser som at det ikke kreves en årsakssammenheng mellom atferden og samordningen. Resultatet er da at det ikke kreves at den samordnede praksis har noen begrensende virkning på konkurransen så lenge den har et konkurransebegrensende formål.

3.5 Beviskrav og bevisbyrde

3.5.1 Innledning

I det følgende vil jeg behandle de krav som stilles til bevis for at man kan fastslå at det har forekommet en samordnet praksis og hvem som må fremlegge de påkrevde bevis. Når det gjelder de internrettslige bestemmelsene i konkurranseloven så står disse i en noe annen bevisstilling enn hvordan rettstilstanden er i EF-retten. Da det favner for vidt å behandle dette i forhold til oppgavens tema avgrenser jeg mot de norske reglene i forhold til bevisspørsmål.

Utgangspunktet er at det er Kommisjonen som har bevisbyrden⁴⁹ og at den må påvise de omstendigheter som kreves for at det er tale om en samordnet praksis.

Reglene om beviskrav og bevisbyrde bygger på en avveining av hensynene til foretakenes rettsikkerhet og viktigheten av et materielt riktig resultat som tilsier strenge krav veid mot

⁴⁹ Se Rådsforordning nr. 1 2003 artikkel 2.

hensynet til en effektiv håndhevelse av reglene som tilsier at det ikke kan være for strenge krav. Denne avveiningen vil innvirke på fastleggelsen av reglenes innhold.

3.5.2 Beviskrav

I det følgende vil jeg behandle spørsmål som knytter seg til hvilke krav som stilles til de bevis som må føres.

I praksis vil bevis for at det har vært kontakt, det vil si at det har vært møter mellom konkurrentene og at det har skjedd en koordinasjon som har ledet til forent atferd, være viktig og avgjørende for om et foretak felles for brudd på bestemmelsene. Reglene om beviskrav har derfor stor praktisk betydning.

Utgangspunktet for beviskravet slik det er trukket opp i rettspraksis er at Kommisjonen må føre nødvendige bevis for at det foreligger en samordnet praksis. Det Kommisjonen nærmere bestemt må bevise er de fastslåtte overtredelser og at de omstendigheter som utgjør overtredelsen faktisk foreligger.⁵⁰ Dersom det finnes en annen plausibel forklaring på foretakenes atferd, så vil ikke dette beviskravet være oppfylt.⁵¹

Utgangspunktet fremgår i Baustahlgewebe avgjørelsen hvor det i premiss 58 uttales at:
"Kommissionen [...] skal føre bevis for de fastslåede overtrædelser og for, at de omstændigheder, som udgør overtrædelser, faktisk foreligger."

⁵⁰ Se C-185/95 P Baustahlgewebe GmbH mot Kommisjonen premiss 58, C-235/92 P Montecatini SpA mot kommisjonen premiss 179, T-61/99 Adriatica di Navigazione SpA mot Kommisjonen premiss 90.

⁵¹ Goyder EC Competition Law s. 74-75.

Uttalelser om de ovenfornevnte beviskrav kommer også til uttrykk i uttalelsene i Compagnie Royale Asturienne Des Mines S.A. og Societe Rheinzink GMBH mot Kommisjonen⁵² i premiss 16 hvor det uttales at:

*”[A]ntagelse om, at der forelå en samordnet praksis mellem de to virksomheder, hviler på den forudsætning, at der ikke kan være nogen anden forklaring på de faktiske omstændigheder, som lægges til grund i beslutningen. Heroverfor er det tilstrækkeligt, at sagsøgerne godtgør, at der foreligger omstændigheder, der kan sætte de af kommissionen konstaterede forhold i et andet lys, og dermed give en anden forklaring på disse end den, der lægges til grund i den anfægtede beslutning.”*⁵³

Dette fant retten at var tilfelle i den aktuelle saken som gjaldt en felles aksjon hvor de to foretakene ble enige om å beskytte det tyske markedet mot parallellimport av valseverksprodukter.

Også i teorien fremstilles utgangspunktet som at det ikke må være noen annen plausibel forklaring på atferden enn at det foreligger en samordning.⁵⁴

Hva som nærmere ligger i beviskravet er og fastslått i rettspraksis. Det synes å eksistere et krav om at det må være godtgjort på en tilstrekkelig nøyaktig og sammenhengende måte at det er slik at atferden skyldes at det forelå en samordning mellom foretakene.⁵⁵

⁵² Forente saker C-29/83 og C-30/83 Compagnie Royale Asturienne Des Mines S.A. og Societe Rheinzink GMBH mot Kommisjonen.

⁵³ Lignende uttalelser i sak C-89/85 A Ahlstrøm Osakeyhtiö m.fl mot kommisjonen premiss 71, C-235/92 P Montecatini SpA mot Komisjonen premiss 145.

⁵⁴ Whish, Competition Law s. 102, Goyder EC Competition Law s. 75.

⁵⁵ Forente saker C-29/83 og C-30/83 Compagnie Royale Asturienne Des Mines S.A. og Societe Rheinzink GMBH mot Kommisjonen premiss 20, T-30/91 Solvay SA mot Kommisjonen premiss 75.

Det kan stilles spørsmål om en parallell atferd kan tjene som bevis for at det foreligger samordning. Parallell atferd kan for eksempel forekomme ved at en rekke foretak på samme tidspunkt forhøyer prisene med samme beløp eller til samme nivå.

Generelt synes rettspraksis å indikere at parallell atferd kun kan anses som bevis på en samordning der samordning er den eneste sannsynlige forklaring på en parallell atferd.⁵⁶ Imidlertid synes det også som at parallell atferd anses som et sterkt bevis for samordning, selv der det ikke er den eneste mulige forklaring, når det i rettspraksis uttales at:

”Although parallel behaviour may not by itself be identified with a concerted practice, it may however amount to strong evidence of such a practice if it leads to conditions of competition which do not correspond to the normal conditions of the market”.^{57 58}

Resultatet må derfor være at en parallell atferd kun er tilstrekkelig som bevis på samordning dersom det ikke finnes noen annen plausible forklaring på den parallelle atferd. Når man antar at en parallell atferd er et sterkt bevis, vil det lett være slik at det involverte foretaket kan bli pålagt å føre motbevis for å unngå ansvar. Spørsmålet om å føre motbevis ved parallell atferd vil bli behandlet nærmere under punkt 3.5.3 om bevisbyrde.

Det kan også reises spørsmål med hvor sterke bevis som må føres. Holder det med sannsynlighetsovervekt for at forbudet er overtrådt, eller må det være bevist ut over enhver rimelig tvil? Etter norsk rett er utgangspunktet i sivile saker at det er nok med sannsynlighetsovervekt, jf. Rt. 1992 s. 64 på s. 70 P-pilledom II. Imidlertid er det også på det rene at i tilfeller hvor dom mot en part i saker hvor forvaltningen kan ilegge sanksjoner vil være belastende, så kreves det sterkere bevis, selv om det ikke kreves at det er bevist utover enhver rimelig tvil, jf. Rt 1999 s. 14. Jeg minner om at jeg ikke vil behandle

⁵⁶ C-89/85 A. Ahlstrøm Osakeytiø m.fl. mot Kommissjonen premiss 71, T-30/91 Solvay SA mot Kommissjonen premiss 75.

⁵⁷ C-48/69 ICI mot Kommissjonen premiss 66.

⁵⁸ Fejø EU-konkurrenserett s. 40.

beviskravene konkret i forhold til konkurranseloven. Jeg går derfor ikke ytterligere inn på beviskravene etter norsk rett.

EF-domstolen har imidlertid ikke operert med noen prosentgrense, men det er på det rene at det kreves sterke bevis. Rettspraksis fra EF-domstolen fastslår at det må føres "tilstrekkelige" bevis.⁵⁹ Dette er et vagt kriterium og gir liten veiledning i hvor sterke bevis som kreves. Da man kan ilegges sanksjoner av en viss størrelse, tilsier hensynet til foretakenes rettssikkerhet og hensynet til å få materielt korrekte resultater at det må antas at sannsynlighetsovervekt ikke er nok. Det må kreves sterkere bevis enn dette. Samtidig tilsier hensynet til en effektiv håndhevelse av konkurransereglene at det ikke stilles for strenge krav til bevisene. Resultatet må derfor være en mellomting, uten at det er mulig å fastlegge den eksakte styrken av bevis som kreves nødvendig.

3.5.3 Bevisbyrde

I det følgende vil jeg behandle spørsmålet om hvem det påligger å oppfylle de beviskrav som er nevnt ovenfor.

Utgangspunktet er at det er kommisjonen eller tilsvarende konkurransemyndigheter som har bevisbyrden, noe som følger av Rådsforordning nr. 1 2003 artikkel 2. Dette utgangspunktet er også i samsvar med det alminnelige prinsippet om at det er den anklagende part som må føre bevis for sin påstand. Det samme følger også av rettspraksis.⁶⁰ Kommisjonen må derfor antas å ha bevisbyrden, med mindre noe annet fremgår eksplisitt.

⁵⁹ C-235/92 P Montecatini SpA mot Kommisjonen premiss 179.

⁶⁰ C-235/92 P Montecatini SpA mot Kommisjonen premiss 179, T-61/99 Adriatica di Navigazione SpA mot Kommisjonen premiss 90.

I visse tilfeller følger det av rettspraksis fra EF-Domstolen at selskapene kan ha en plikt til å føre motbevis for å unngå ansvar. I slike tilfeller vil det ikke være tale om noen snudd bevisbyrde, men der Kommisjonen kommer med sterke bevis for en overtredelse, så må foretakene stille opp med bevis som tilsier noe annet for å unngå å bli pålagt ansvar.

Det er da tale om at der Kommisjonen oppfyller beviskravene så vil et foretak bli pålagt ansvar med mindre det selv fremfører bevis som tilsier noe annet. Jeg vil i det følgende behandle når dette er tilfelle.

Et tilfelle hvor foretakene kan bli pålagt å føre motbevis for ikke å bli pålagt ansvar knytter seg til den etterfølgende atferd på markedet. Dersom Kommisjonen har ført bevis for at det er utvekslet informasjon mellom foretak, så er det en presumpsjon for at denne har påvirket foretakene i deres etterfølgende atferd på markedet. Dette legges da til grunn med mindre foretaket fører bevis for at det ikke har påvirket deres atferd på markedet. En uttalelse som illustrerer dette er uttalelsen i C-49/92 P Kommisjonen mot Anic Partecipazioni SpA, hvor det i premiss 121 uttales at:

”[M]ed forbehold af det modbevis, som det påhviler de pågældenede erhvervsdrivende at føre – at de virksomheder, som deltager i samordningen, og som forbliver aktive på markedet, tager hensyn til informationsudvekslingen med deres konkurrenter for at fastlægge deres adfærd på markedet. Dette gælder så meget desto mer, når samordningen finder sted regelmæssigt og over en lang periode, således som det var tilfældet i den konkrete sag ifølge det af Retten fastslåede.”⁶¹

Dette understreker at det er en bevispresumpsjon for at man har hatt en atferd som er påvirket, om det ikke føres motbevis mot dette. Denne bevispresumpsjonen knytter seg ikke bare til atferden, men også til kravet om årsakssammenheng. At det tas hensyn til informasjonsutvekslingen når man fastlegger sin atferd medfører jo at det foreligger

⁶¹ C-49/92 Kommisjonen mot Anic Partecipazioni SpA premiss 121, fulgt opp i C-199/92 P Hüls AG mot Kommisjonen premiss 162. Se også til illustrasjon Svenske Marknadsdomstolen 2005 nr 7 s. 30.

årsakssammenheng mellom atferden og samordningen. Så for å unngå ansvar må foretaket også føre bevis for at atferden har en annen grunn enn samordningen.

Det kan stilles spørsmål ved hva foretaket må gjøre for å kunne sies å ha påvist en annen forklaring på atferden enn samordningen. Er det for eksempel tilstrekkelig å påvise at det før en prisøkning på et produkt har forekommet prisøkninger i råvarene, det vil si forhold som kan forklare prisøkningen? Eller må det bevises at atferden direkte er knyttet til disse? Generelt vil det være slik at om man har vært til stede ved informasjonsutveksling så er det umulig å bevise at foretakene ikke har tatt hensyn til denne. Men dersom det synes å være slik at det er andre forklaringer på atferden så må dette være tilstrekkelig. Da må tvil knyttet til hvem av de ulike forklaringene som faktisk har vært den utslagsgivende, gå i foretakets favør slik at det frikjennes. Det bør dermed være tilstrekkelig at det påvises forhold som er egnet til å forklare atferden, ikke at det bevises at det faktisk har vært årsaken.

Som nevnt under punkt 3.5.2 kan det stilles spørsmål ved hvordan bevisbyrden er i tilfeller hvor det er påvist en parallell atferd. Mye kan tilsi at det her vil påligge selskapene å påvise en annen forklaring på den parallelle atferd enn at den er resultat av en samordning. Dette nettopp av den grunn at en parallell atferd betraktes som et sterkt bevis. Så klarer Kommisjonen å påvise en slik parallell atferd så tyder mye på at selskapene bør komme med en annen forklaring. Men som nevnt ovenfor synes en parallell atferd heller ikke å være tilstrekkelig bevis, slik at det alene ikke er nok for at Kommisjonen har oppfylt de beviskrav som kreves.

Ytterligere kan det også reises spørsmål med hvordan bevissituasjonen er der det er bevist at det har vært møter mellom foretakene med et konkurransebegrensende formål.

I Montecatini⁶² premiss 147 indikeres det at når Kommisjonen har bevist et konkurransebegrensende formål, så er konsekvensen av dette at virkningen av samordning ikke er nødvendig å påvise. Altså at det ikke er påkrevet at det føres bevis for at kravet om årsakssammenheng er oppfylt. Det uttales at *”er virkningen af en samordning mellem de pågældende virksomheder, eller om den kan forklares med andre grunde. Den nævnte retspraksis er derfor ikke relevant i den konkrete sag, da Kommissionen ifølge Rettens konstatninger havde ført tilstrækkelig bevis for, at der forelå en samordning med konkurrencestridig formål.”* Bevis for årsakssammenheng og at samordningen har hatt en virkning må da antas bare å være påkrevet der Kommisjonen ikke klarer å bevise at det har vært en konkurransestridig formål.

Som eksempel kan man tenke seg en situasjon der flere bensinstasjoner har hatt møter og man ser at det resulterer i prisstigninger i drivstoffprisene. Dersom det ikke bevises at samarbeidet har hatt noe konkurransebegrensende formål, så må konkurransemyndighetene bevise at prisøkningene er et resultat av samarbeidet. Dersom aktørene da kan påvise at økningene skyldes økt oljepris generelt, så kan dette tilsi at prisøkningene ikke har hatt samarbeidet som årsak. Men dersom konkurransemyndighetene klarer å bevise at bensinstasjonene har hatt til formål å øke prisene, så er det ikke nødvendig å vise at den faktiske økningen er en virkning av samarbeidet.

Imidlertid er det også grunn til å reise spørsmål ved om rettspraksis behandler kravet om ”samordnet praksis” og at det må være et konkurransebegrensende formål eller virkning under ett. Uttalelsene synes å harmonere godt med at det ikke er krav om noen virkning der det kan påvises et formål. Se nærmere om dette under punkt 4. Det synes og å se ut som at bevisspørsmål og materielle spørsmål behandles under ett.

⁶² C-235/92 P Montecatini SpA mot Kommisjonen premiss 147.

Hvordan bevissituasjonen vil være det kontakten består i møter og disse møtene har et konkurransebegrensende formål blir da et spørsmål som reiser seg. Jeg viser her til behandlingen under punkt 4.3.

4 Nærmere om møtedeltakelse

4.1 Problemet

I det følgende vil jeg behandle hvordan et foretaks deltakelse i møter med sine konkurrenter forholder til kravet om samordnet praksis.

I tilfeller der foretak deltar på møter så vil det kunne dannes situasjoner der det oppnås en felles forståelse. Delaktigheten på slike møter kan variere, fra de som er veldig aktive til de som er perifere og nærmest ikke har noen betydning i det hele tatt. Jeg vil i det følgende drøfte hvilke medansvar som kan pålegges foretak som deltar i møter med sine konkurrenter og se på hvilke valgmuligheter et foretak har for å unngå å bli ansvarlig for brudd på bestemmelsen om konkurransebegrensende samarbeid.

Generelt må det antas at når et foretak har deltatt på møter så er det klart at det har vært kontakt mellom partene. Dette kriteriet vil da være oppfylt, og det vil være vanskelig å påvise at det ikke har vært kontakt. Derimot er det ikke gitt at det er oppnådd noen felles forståelse mellom de involverte partene. Det synes derfor å være dette kriteriet som er det mest interessante i denne sammenheng.

Det er særlig to forhold som synes å kunne medføre at et foretak som har deltatt i møter kan unngå ansvar. Det ene er ved å ta avstand fra møtenes formål og innhold. Det andre er ved at det ikke kan bevises at de har opptrådt i strid med forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid.

Et spørsmål som det er naturlig å avklare innledningsvis er i hvilke situasjoner det eksisterer et krav om avstandstakelse. I tilfeller hvor det ikke er tale om noen samordnet praksis, vil det heller ikke være aktuelt med noen avstandstakelse. Avgjørende synes derfor å være i hvilke tilfeller man kan si at møtedeltakelse kan utgjøre en samordnet praksis. Dette synes å ha nær sammenheng med møtenes innhold, og da hva slags type informasjon som utveksles. Selv om møter etablerer kontakt mellom aktørene, så vil ikke enhver kontakt medføre brudd på konkurransereglene.

For det første synes det å være slik at der det utveksles opplysninger om fremtidig atferd på markedet, for eksempel strategier eller priser, så vil dette kunne være en samordnet praksis. Så i slike tilfeller vil det være et krav om avstandstakelse. For det andre kan det tenkes at utveksling av historiske data der dette bidrar til kunstig gjennomsiktighet på markedet også anses som samordnet praksis, og dermed gjør kravet om avstandstakelse for å unngå ansvar aktuelt. Et fellestrekk for disse to informasjonstypene er at det kan karakteriseres som markedsrelevant informasjon.⁶³ For den følgende fremstillingen legger jeg til grunn at det er tale om tilfeller som nevnt ovenfor.

4.2 Krav til avstandtakelse

4.2.1 Innledning

For å komme fri fra ansvar der et foretak har deltatt i møter synes rettspraksis fra EF-Domstolen å ha oppstilt et krav om at foretaket må ha tatt avstand fra møtenes innhold. I det følgende vil jeg behandle de krav som av rettspraksis stiller til avstandstakelse fra foretak for å unngå å pådra seg ansvar.

⁶³ Se Tidsskrift for Rettsvitenskap 2003 nr 5, artikkel av Erling Hjelmeng om Informasjonsutveksling mellom konkurrenter og kartellvirksomhet i EØS-avtalen. Se og sak T-334/94 Sarriò SA mot Kommisjonen premiss 264 for eksempler.

Når man skal forstå og fastlegge kravet til avstandstakelse er det viktig å spørre seg om hvilke funksjon dette kravet har. Som nevnt ovenfor er hovedtrekkene i begrepet samordnet praksis at det må foreligge en felles forståelse basert på kontakt. En avstandstakelse vil kunne bidra til å sørge for at det ikke skapes noen slik felles forståelse. Og uten denne felles forståelsen vil det heller ikke kunne sies å være noe samarbeid. Dette må være begrunnelsen til at det oppstilles et krav om avstandstakelse. Dette illustreres for eksempel ved uttalelsen i Aalborg Portland avgjørelsen⁶⁴ hvor det uttales at:

”Begrundelsen for dette retsprincip er, at virksomheden, der har deltageret i det nævnte møde uden offentligt at tage afstand fra det, der blev drøftet, har givet de andre deltagerne det indtryk, at den tilsluttede sig mødets resultat og ville rette sig efter det.”

Kravet til avstandstakelse er for eksempel formulert i Sarriò avgjørelsen hvor det i premiss 50 uttales at *”en virksomheds deltagelse i møder, der har et konkurrencebegrænsende formål, objektivt set er med til at skabe eller styrke et kartel, og at den omstændighed, at en virksomhed ikke følger udfaldet af møderne, ikke medfører, at den ikke er ansvarlig for sin deltagelse i kartellet, medmindre den offentligt har taget afstand fra deres indhold”*.⁶⁵

4.2.2 Hva må til for at det er tatt avstand?

I det følgende er spørsmålet hva et foretak må foreta seg for at man kan fastslå at det har tatt avstand slik at det ikke kan pålegges ansvar. Rettspraksis fra EF-domstolen indikerer at man for å ha tatt avstand offentlig må ha tatt avstand fra møtenes innhold.⁶⁶ Andre steder i

⁶⁴ C-204/00 P Aalborg Portland A/S m.fl. mot Kommissjonen premiss 82.

⁶⁵ C-291/98 P Sarriò SA mot Kommissjonen premiss 50.

⁶⁶ C-291/98 P Sarriò SA mot Kommissjonen premiss 50, T-347/94 Mayr-Melnhof Kartongesellschaft GmbH mot Kommissjonen premiss 135, T-141/89 Trèfileurope mot Kommissjonen premiss 85.

rettspraksis⁶⁷ er kravet formulert slik at foretaket for å ha tatt avstand må ha gitt uttrykk for en uenighet i formålet med kontakten og det enkelte innhold som fremkommer ved kontakten.

Hvorvidt det eksisterer noen krav til hvordan avstandstakelsen skal skje kan være et aktuelt spørsmål å stille. Rettspraksis synes å indikere at måten man tar avstand på må ha skjedd på en klar måte.⁶⁸ Dette klarhetskravet synes å harmonere godt med tanken om at avstandstakelsen skal hindre at det skapes noen felles forståelse. Dersom meddelelsen er uklar vil funksjonen lett bli forfeilet. Som den følgende behandlingen vil vise vil dette kravet kunne innvirke ved løsningen av ulike spørsmål knyttet til kravet om avstandstakelse. Avgjørelsen i *Adriatica di Navigazione* illustrerer dette når det i premiss 137 uttales at foretaket må:

”[T]ilstrækkeligt klart meddele de øvrige repræsenterede selskaber, at den – på trods af det ydre skin – er uenig i de forbudte forholdsregler, som disse træffer.” og ”som godtgør, at den fast og klart har tilkendegivet sin uenighed, opfylde kriteriet om offentlig afstandtagen, således som det kræves ifølge retspraksis.”

Det kan reises spørsmål ved om det er anledning til å ta avstand gjennom utvist atferd. Dette kan for eksempel skje ved at foretaket etter møtet ikke følger opp det som har fremkommet, som ved å ikke gjennomføre den prisøkningen som er vedtatt på møtene. I slike tilfeller vil det ta avstand gjennom atferd. For å godta et slik krav taler det forhold at foretaket ikke handler i overensstemmelse med det som har fremkommet på møtene og dermed ikke kan sies å bidra til å begrense konkurransen. Samtidig er det ikke til å komme

⁶⁷ C-199/92 P *Hüls AG* mot Kommissjonen premiss 155, C-235/92 *Montecatini SpA* mot Kommissjonen premiss 181, T-61/99 *Adriatica di Navigazione SpA* mot Kommissjonen premiss 112. Se også til illustrasjon *Svenske Marknadsdomstolen* 2005 nr 7 s. 21 og 30.

⁶⁸ T-61/99 *Adriatica di Navigazione SpA* mot Kommissjonen, premiss 137. Se også til illustrasjon *Svenske Marknadsdomstolen* 2005 nr 7 s. 34.

i fra at foretaket har fått kjennskap til informasjonen og vil ta hensyn til denne, slik at det muligens likevel vil opptre annerledes enn det selskapet ellers ville ha gjort.

Som nevnt er funksjonen med avstandstakelsen å hindre den felles forståelse som er et kjerneelement i begrepet samordnet praksis. Dette er ikke hindret dersom avstandstakselsen skjer ved handling i ettertid. Det er ikke sikkert at konkurrentene vil ha kjennskap til at foretaket ikke følger opp. Samtidig vil de i en periode være av den oppfatning at det foreligger en felles forståelse. Man har med andre ord uansett påvirket de andre foretakene til å opptre på en måte som ikke er forenelig med forbudet om konkurransebegrensende samarbeid og kan således sies å ha medvirket. Også i rettspraksis synes synet å være at det at man ikke følger opp i ettertid ikke er tilstrekkelig til å komme fri fra ansvar.⁶⁹ Slutningen må derfor være at det å ikke følge opp ved atferd ikke er tilstrekkelig til å oppfylle kravet om avstandstakelse.

Av dette kan man utlede at avstandstakelse i form av atferd, ved at man ikke handler i samsvar med det som fremkommer på møtet, ikke er tilstrekkelig for å ha tatt avstand. Det synes da som at avstandstakelsen må skje på selve møtet og at den må være verbal.

Det kan videre reises spørsmål om interne instruksjer i et foretak kan godtas som en avstandstakelse. Rettspraksis synes å være avkreftende til dette, såfremt instruksene ikke har kommet til uttrykk utad.⁷⁰ Dette harmonerer godt med tanken om at funksjonen til avstandstakelsen er å hindre en felles forståelse. Dersom det ikke er noen uttrykk utad vil det ikke bidra til å hindre oppfatningen hos de øvrige konkurrentene om at det er en felles forståelse. En intern instruks kan da ikke sies å oppfylle kravet til avstandstakelse.

⁶⁹ C-291/98 P Sarriò SA mot Kommisjonen premiss 50, T-347/94 Mayr-Melnhof Kartongesellschaft mbH mot Kommisjonen premiss 135, T-61/99 Adriatica di Navigazione SpA mot Kommisjonen premiss 118.

⁷⁰ T-61/99 Adriatica di Navigazione SpA mot Kommisjonen, premiss 136.

4.2.3 "Offentlig"

Det synes som rettspraksis oppstiller et krav om at foretaket "offentlig" har tatt avstand fra møtenes innhold, for at det skal komme fri for ansvar. I det følgende vil jeg drøfte hva som ligger i kravet om "offentlig". Illustrerende er uttalelser i Sarriò avgjørelsen hvor det uttales at:

"[E]n virksomheds deltagelse i møder, der har et konkurrencebegrænsende formål, objektivt set er med til at skabe eller styrke et kartel, og at den omstændighed, at en virksomhed ikke følger udfaldet af møderne, ikke medfører, at den ikke er ansvarlig for sin deltagelse i kartellet, medmindre den offentligt har taget afstand fra deres indhold".⁷¹ (Min understreking.)

I Aalborg Portland avgjørelsen⁷² er derimot begrepet "åpent" brukt. Dette kan muligens være et synonym til "offentlig", men kan også bidra til å klarlegge innholdet av kravet. At det må skje åpent kan indikere at en avstandstakelse som ikke skjer overfor allmennheten, men kun overfor de øvrig involverte er tilstrekkelig til å unngå ansvar. Ordet "åpent" synes å ha en snevere randsone enn ordet "offentlig", og således ha et snevrere meningsinnhold.

I den engelskspråklige versjonen av Sarriòavgjørelsen er ordet public brukt, noe som indikerer at offentlig er den mest korrekte formuleringen å anvende når innholdet av dette elementet skal fastlegges. Også formuleringen i den franske utgaven bekrefter det samme.

Innledningsvis finner jeg grunn til å reise spørsmål om det i det hele tatt eksisterer et krav om at foretaket "offentlig" må ta avstand fra møtenes innhold eller formål. Rettspraksis indikerer som nevnt at det er et slik krav om at avstandstakelsen skal skje "offentlig".

⁷¹ C-291/98 Sarriò SA mot Kommissjonen premiss 50.

⁷² C-204/00 Aalborg Portland A/S m.fl. mot Kommissjonen premiss 330.

Imidlertid følger det av avgjørelsen i *Adriatica di Navigazione*⁷³ at begrepet ”offentlig” avstandstakelse skal tolkes innskrenkende.

Imidlertid synes dette ikke å bety at det ikke er et kriterium at det må skje ”offentlig”, men mer at det ikke skal så mye til for at avstandstakelsen kan sies å ha skjedd offentlig. I *Sarriò* avgjørelsen⁷⁴ opprettholdes kravet. Det synes derfor naturlig å se det slik at kravet om at det må skje ”offentlig” er gjeldende rett.

Kravet til offentlig avstandstakelse går og igjen i rettspraksis⁷⁵. Spørsmålet er da om en situasjon hvor foretaket meddeler avstandstakelsen til samtlige andre på møte mens de samtidig er til stede oppfyller kravet til at det skal skje offentlig. Dette synes som en hensiktsmessig måte å forstå ”offentlig” på, siden funksjonen med at det tas avstand er å hindre at det skapes noen felles forståelse. Ved at alle som deltar på møtet får meddelelse vil denne funksjonen trolig nås. Meddelelse til alle involverte konkurrenter mens de alle er til stede synes og å harmonere godt med kravet om at meddelelsen skal skje på en klar måte, jf. rettspraksis. Resultatet må derfor være at en slik fremgangsmåte oppfyller kravet til offentlighet.

Videre kan det reises spørsmål ved om en bekjentgjørelse av avstandstakelsen for allmennheten oppfyller kravet til at avstandstakelsen må skje offentlig. Dette synes imidlertid ikke som en hensiktsmessig måte å forstå begrepet. Å oppstille et krav om at avstandstakelsen skal bekjentgjøres for allmennheten vil innebære at man ”tyster” på de andre involverte foretakene. Dette kan ikke kreves. Samtidig er en slik forståelse ingen garanti for at de øvrige deltakerne faktisk får kjennskap til avstandstakelsen. Da risikerer man at de involverte konkurrentene tror at foretaket er med i samarbeidet, noe som bidrar

⁷³ T-61/99 *Adriatica di Navigazione SpA* mot Kommissjonen premiss 135.

⁷⁴ C-291/98 P *Sarriò SA* mot Kommissjonen premiss 50.

⁷⁵ Se C-291/98 P *Sarriò SA* mot Kommissjonen premiss 50, sak T-347/94 *Mayr Melnhof Kartongesellschaft* mot Kommissjonen premiss 135, T-61/99 *Adriatica de Navigazione SpA* mot Kommissjonen premiss 118 135 og 137.

til å hemme konkurransen. Funksjonen med kravet til avstandstakelse om å hindre samarbeidet/den felles forståelsen lar seg heller ikke med sikkerhet realisere, noe som tilsier at denne forståelsen ikke har noe for seg. I og med at man risikerer å hemme konkurransen tilsier også hensynet til en effektiv håndhevelse at en slik forståelse ikke legges til grunn. Også kravet om at avstandstakelsen må meddeles på en klar måte taler for å ikke anse en slik fremgangsmåte som akseptabel. At kunngjøringen for allmennheten er en avstandstakelse vil ikke nødvendigvis fremstå som spesielt klart, da det må bero på hvordan den er utformet og en rekke andre forhold. Resultatet må derfor være at bekjentgjøring for allmennheten ikke oppfyller kravet til at avstandstakelsen må skje offentlig.

Det kan og stilles spørsmål ved om en meddelelse til alle de involverte foretakene hver for seg uten at de samtidig er til stede oppfyller kravet til offentlighet. "Offentlig" taler i seg selv for at samtlige av de andre deltakerne i møtet må være til stede samtidig i det avstandstakelsen skjer. Men det må antas at den felles forståelse også vil ødelegges dersom det kommuniseres til en og en. Praktisk hensyn kan også tale for at man ikke skal unnlate å akseptere en slik kommunikasjonsmåte. Offentlig bør således tolkes noe innskrenkende.⁷⁶ Funksjonen er jo å hindre at det skapes en felles forståelse, og når hver enkelt av konkurrentene får beskjed vil en slik felles forståelse neppe oppstå. Dermed synes det ikke å være vektige grunner for å ikke godta en slik fremgangsmåte. Dessuten så må også en slik fremgangsmåte trolig måtte anses som et alternativ hvor klarheten er stor, noe som også taler for å anerkjenne den. Jeg finner derfor at meddelelse til en og en må tilfredsstille de krav som stilles for at foretaket skal anses for å ha tatt avstand.

Et annet spørsmål er om avstandstakelsen er "offentlig" dersom den skjer overfor en av deltakerne i møtet, som igjen viderebringer denne til de andre. Begrepet "offentlig" indikerer at det skal være mest mulig tilgjengelig og allment. Dette tilsier at avstandstakelsen må skje direkte fra foretaket og til alle de andre deltagerne. I en situasjon

⁷⁶ Se T-61/99 *Adriatica di Navigazione SpA* mot Kommisjonen premiss 135.

hvor avstandtakelsen formidles via mellomledd vil samtlige av deltakerne få viten om at det aktuelle foretaket ikke ønsker å delta i den ulovlige virksomheten. Dette taler for å godta en slik løsning. Funksjonen i avstandtakelsen er jo tross alt å hindre at det skapes noen felles forståelse, noe som må antas at skjer i et slikt tilfelle. Imidlertid kan det reise seg bevismessige problemer knyttet til om alle har fått viten, noe som taler imot. Og det at avstandtakelsen går via mellomledd kan bidra til å svekke klarheten i måten det kommer til de øvriges kunnskap på, noe som og kan bidra til å hindre at de forstår at et foretak ikke tar del i samarbeidet. Dette taler også imot å anerkjenne en slik løsning. Samtidig er man på legalitetsprinsippets område og desto mer som skal til for å ha tatt avstand, desto videre vil ansvaret bli, noe som ikke er forenelig med det at regler som pålegger borgere byrder bør tolkes snevert. En ansvarsfrihetsregel bør da tolkes vidt, noe som taler for å godta en slik fremgangsmåte. Alt i alt heller jeg mot at det likevel ikke er tilstrekkelig for å si at det er tatt offentlig avstand, og resultatet må således være at en slik fremgangsmåte ikke leder til at ansvar ikke kan pålegges.

4.2.4 Mottakers kunnskap

I det følgende vil jeg behandle spørsmålet om det må stilles noen krav til mottakers kunnskap for at et foretak kan sies å ha tatt avstand med den virkning at unngår å komme i ansvar.

Rettspraksis synes å indikere at det kan stilles krav til mottakers kunnskap for at den som tar avstand ikke skal komme i ansvar. I saken *Adriatica di Navigazione* indikeres dette når det i premiss 137 uttales at

”Det skal godtgøres, at det middel, som virksomheden har valgt for offentlig at tage afstand, faktisk har haft som resultat, at de øvrige virksomheder, der var til stede under mødet, er blevet gjort bekendt med dens uenighed.”

Dette tilsier at det kreves at de andre møtedeltakerne har mottatt meddelelsen om avstandstakelse. I ”bekendt” synes en naturlig språklig forståelse å ligge at de må ha faktisk viten om denne. At man bare gir uttrykk for avstandstakelse uten at denne kommer til de øvrige deltakernes kunnskap kan da ikke være nok til at kravet til avstandstakelse er oppfylt. Funksjonen til avstandstakelsen, nemlig at den skal hindre at det skapes en felles forståelse, tilsier også dette. Dersom mottaker ikke faktisk får kunnskap om at det foretaket som tar avstand ikke ønsker å delta, vil det kunne være av den oppfatning at det er en felles forståelse og et samarbeid, og således opptre på en konkurransebegrensende måte. Kun i de tilfeller avstandstakelsen er mottatt og forstått vil den ha en funksjon. Som nevnt ovenfor er det et krav at avstandstakelsen kommuniseres på en klar måte. Dette tilsier også at den må være slik at den er mottatt av de andre møtedeltakerne.

Dette elementet kan særlig tenkes å være av betydning der et foretak avgir avstandstakelsen skriftlig. Dersom de øvrige konkurrentene legger det dokumentet der avstandstakelsen fremkommer til side, så kan man antas at mottaker ikke har fått kunnskap. Det er da ikke tilstrekkelig at avstandstakelsen er mottatt så lenge den ikke har kommet til kjennskap. Imidlertid vil avstandstakelsen rent innholdsmessig kunne være meddelt på en klar måte, noe som taler for at foretaket her bør komme fri. Totalt sett finner jeg at en ren mottakelse av avstandstakelsen alene ikke er tilstrekkelig til å oppfylle kravene til avstandstakelse.

4.2.5 Plikt til å forlate møtet?

Det kan stilles spørsmål ved om det er nødvendig at foretakets representanter i møtet må forlate møtet for at det kan sies å ha tatt avstand fra den informasjonen som fremkommer. Dersom representantene for foretaket kun verbalt uttaler avstand fra møtets innhold, men blir værende i møtet vil de få tilgang på markedsrelevant informasjon som vil være ulovlig å utveksle. Selv om de verbalt har tatt avstand, må man anta at den informasjonen de har fått vil virke inn, om enn ubevisst, på den atferd på markedet foretaket vil ha. Slik sett vil en verbal avstandstakelse ikke bidra til å hindre at konkurransen begrenses.

For at konkurransen ikke skal skades synes det derfor naturlig å kreve at foretakets representanter må forlate møtet for at det skal kunne sies å ha tatt avstand. Sentralt er også at man må kommunisere avstandstakelsen på en slik måte at de øvrige deltakerne forstår at man har hatt avstand. Dette følger av kravet som er oppstilt i EF-domstolens rettspraksis om at meddelelsen må skje på en klar måte. Dersom man kun gjør dette verbalt og ikke forlater møtet kan dette reise tvil hos de øvrige deltakerne om man virkelig tar avstand. Hensynet til at det ikke skal være mulig å omgå bestemmelsen tilsier også at avstandstakelsen må være reell og ikke kun av formell art for at den skal kunne ha den virkning at foretaket unngår ansvar. Dersom foretaket blir værende i møtet vil den verbale avstandtakelsen fort være av formell art og ha liten realitet. At avstandstakelsen også må ha en realitet indikeres i Chemie Linz avgjørelsen⁷⁷ hvor det uttales at det må:

”påvise, at selskabets formål med at deltage i møderne alene var at indhente oplysninger, ikke er et indicium for, at selskabet ikke havde ønske om at begrænse konkurrencen, idet der ikke er fremført nogen holdepunkter for, at sagsøgeren havde oplyst sine konkurrenter om, at selskabets adfærd på markedet ville være uafhængig af mødernes indhold. Selv om det antages, at konkurrenterne vidste det, er det forhold, at sagsøgeren udvekslede oplysninger med disse, som en erhvervsdrivende normalt behandler strengt fortroligt, tilstrækkeligt til at påvise, at selskabet havde et ønske om, at konkurrencen skulle begrænses.”

I situasjoner hvor foretaket kun uttaler en verbal avstandstaken, men ikke forlater møtet, kan også funksjonen til avstandstakelsen, nemlig at det hindres at det oppstår noen felles forståelse, ikke bli realisert. De beste grunner taler derfor at det faktisk må kreves at man forlater møtet. Lovformålet i konkurranselovens § 1 om å fremme konkurranse for derigjennom å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser støtter også den løsning at foretakets representanter må forlate møtet.

⁷⁷ T-15/89 Chemie Linz mot Kommissjonen premiss 136.

Det kan også reises spørsmål ved om det er tilstrekkelig for å unngå ansvar at foretakets representanter forlater møtet. Sett i sammenheng med at funksjonen til avstandtakelsen er å ødelegge den felles forståelse/samarbeidet mellom partene, så er det viktig at de øvrige partene forstår at man tar avstand. At man kun forlater møtet kan i flere tilfeller neppe være tilstrekkelig til at de andre aktørene som er tilstede på møtet forstår dette. Det kan tross alt være en rekke grunner til at en aktør forlater et møte. Derfor taler formålet og hensynet til avstandtakelsens funksjon for at det å forlate møte ikke er tilstrekkelig til å ha tatt avstand. Som nevnt under punkt 4.2.2 kan det å ikke følge opp møtets innhold i den senere atferd ikke anses som en avstandtakelse, med den følge at avstandtakelse ikke kan skje gjennom utvist atferd. Det å forlate møtet er også en form for utvist atferd, noe som også tilsier at det å forlate møtet alene ikke er tilstrekkelig til for å unngå ansvar. Også kravet at meddelelsen skal skje på en klar måte taler for det samme. Mye peker derfor i retning av at det å forlate møtet må kombineres med et verbalt utsagn om at man tar avstand. Et minstekrav må være at de øvrige deltakerne forstår at årsaken til at man forlater møtet er at man er uenig i deres formål og innhold.

4.2.6 Er muntlig avstandtakelse tilstrekkelig?

Det kan også reises spørsmål ved om det er tilstrekkelig for å unngå at det pålegges ansvar at et foretak tar avstand muntlig. Generelt må det antas at avstandtakelsen skjer muntlig ikke er til hinder for at budskapet er klart for de øvrige og at det er offentlig. Slik sett er det ikke vektige hensyn som taler imot. At det skjer skriftlig vil av bevis hensyn være en fordel, men det kan ikke innvirke på det materielle kravet om avstandtakelse. Resultatet må derfor være at det er adgang til å ta avstand ved muntlig å tilkjennegi avstandtakelse.

Når det gjelder den bevismessige betydning av hvorvidt avstandtakelsen skjer skriftlig eller muntlig viser jeg til min behandling av dette under punkt 4.3.

4.2.7 Melding til myndighetene

Et spørsmål som også er interessant er hvilke betydning det har at et foretak melder fra til myndighetene om forholdet, særlig om dette kan være ansvarsbefriende og om dette kan være et alternativ til avstandstakelse.

Uttalelsene i Trefileurope saken bidrar til å gi en avklaring på dette spørsmålet. Til dette uttaler førsteinstansen i premiss 58 at *”ikke, at sagsøgeren kan påberåbe sig, at selskabet deltog i møderne under tvang. Sagsøgeren kunne således have underrettet de kompetence myndigheder om det pres, selskabet var udsat for, eller have indgivet en klage til Kommissionen (...) i stedet for at have deltaget i møderne”*⁷⁸. Resultatet er altså at foretaket ikke er ansvarsfri i tilfeller der det er med i samarbeidet av tvang. Foretaket må da be myndighetene om hjelp. Se og premiss 71 hvor det uttales at foretaket *”ikke kan påberåbe sig, at selskabet deltog i aftalerne under tvang.”*

Når det uttales at selskapet kunne ha gitt melding til myndighetene eller klaget til Kommisjonen så kan dette tyde på at situasjonen ville vært annerledes dersom dette hadde blitt gjort, noe som tilsier at det da ikke kunne vært pålagt ansvar. Imidlertid sies det ikke klart i uttalelsene at virkningen av å gi slik melding til myndighetene er at man ikke kan pålegges ansvar.

I tilfeller hvor foretaket ikke har deltatt på møtene og gitt melding synes må resultatet være at det ikke kan pålegges ansvar. Selv om det muligens har vært kontakt forut for møtene er det neppe noen felles forståelse her. Men dersom foretakene har deltatt på møtene, så synes ikke de nevnte uttalelser å kunne medføre at man unngår ansvar. Det har da klart vært kontakt og med mindre man har gitt uttrykk for noe annet vil det også lett kunne være en felles forståelse. At det gis melding til myndighetene svekker ikke de andre

⁷⁸ T-141/89 Trefileurope Sales SARL mot Kommisjonen premiss 58. Se og C-204/00 P Aalborg Portland A/S m.fl mot Kommisjonen premiss 84.

møtedeltakernes tro om at det eksisterer en slik forståelse, med mindre de selv får kjennskap til at foretaket føler seg tvunget. Dersom så er tilfelle kan dette kunne utgjøre en avstandstakelse, og er da ikke et alternativ til avstandstakelse. Resultatet må derfor være at melding til myndighetene alene ikke kan være ansvarsbefriende eller et alternativ til avstandstakelse.

Det kan nevnes at melding til myndighetene imidlertid kan ha den funksjon at foretaket kan få nedsatt reaksjon ved sanksjonsfastsettelsen. Samarbeid med de relevante konkurransemyndigheter kan ha en slik virkning. Da dette ikke er oppgavens tema vil jeg ikke komme ytterligere inn på dette.

4.2.8 Når må avstandstakelsen skje?

I det følgende vil jeg behandle spørsmålet om på hvilket tidspunkt avstandstakelsen må skje for at et foretak skal kunne komme fri fra ansvar. Flere ulike tidspunkter kan tenkes. Et er at man på forhånd, enten før møtet eller når møtet tar til, gir uttrykk for avstandstaken. Et annet alternativ er at det skjer når foretaket ser at det kommer konkurransestridige forhold frem. En ytterligere situasjon er der avstandstakelsen skjer i ettertid, enten ved møtets avslutning eller på et senere tidspunkt. I tillegg kan det kanskje også tenkes situasjoner hvor det ikke trengs å tas avstand på noe tidspunkt.

Rettspraksis gir få avklaringer på svar om hvilke tidspunkt avstandstakelsen må fremsettes. Løsningen må derfor i stor grad baseres på de hensyn som gjør seg gjeldende.

Først vil jeg drøfte om det er noen situasjoner hvor det ikke er nødvendig at det tas avstand fra møtene på noe tidspunkt. Rettspraksis synes å indikere at nærvær i et møte under visse særskilte forhold, ikke er tilstrekkelig for at prinsippene om offentlig avstandstakelse skal gjelde.

I sak T-334/94 Sarriò SA mot Kommisjonen i premiss 211 uttales at *"I det omfang DOEU's møte den 3. oktober 1989 kunne forekomme Prat Carton usædvanligt, kan det ikke legges virksomheden til last, at den ikke offentligt tog afstand fra drøftelserne på mødet."*

Dette tilsier at i situasjoner hvor foretaket ikke er kjent med den sammenheng informasjon fremkommer i og ikke kan lastes for dette, så rammes man ikke av forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid. Det synes derfor å være et krav om at man er kjent med hva slags møter det er og dersom dette ikke er tilfelle kan foretaket ikke klandres for at man ikke har tatt avstand. I slike situasjoner kan det da ikke sies å være noe krav til at det tas avstand. En konsekvens av at det ikke trengs å tas avstand i slike tilfelle er at det ikke er noe tidspunkt hvor avstandstakelsen må fremsettes.

Videre kan det stilles spørsmål ved om et foretak allerede før møtet eller ved møtets start er forpliktet til å ta avstand fra konkurransestridige forhold. Dette synes imidlertid å være lite praktisk, da det vil være et stort antall møter som ikke vil ha noe konkurransebegrensende innhold og et krav om avstandstakelse vil kun virke forstyrrende i slike tilfeller. Ved møtets innledning vil ofte foretaket heller ikke ha noen oversikt over hva som kommer til å fremkomme under møtet. Utgangspunktet må derfor være at det ikke er nødvendig for å komme fri fra ansvar at det er tatt avstand allerede på forhånd eller ved møtets start.

Imidlertid kan det innvendes at det ofte foreligger en dagsorden som gir indikasjoner på hva som skal behandles. Dersom så skulle være tilfelle og det her er indikasjoner på at det vil komme frem forhold av ulovlig karakter, så kan det i slike tilfeller ha mer for seg å kreve at foretaket tar avstand allerede ved møtets innledning. Det kan og tenkes at man burde ta avstand på forhånd, altså før møtet kommer i stand, for slik å påvirke de øvrige deltakerne til å ikke delta eller komme med informasjon som er i strid med konkurransereglene. Hensynet til effektiv håndhevelse kan også tilsi dette. Derfor må det trolig kreves at det tas avstand på forhånd eller ved møtets start dersom foretaket har indikasjoner på at det vil fremkomme forhold av ulovlig karakter.

Men i de tilfeller hvor foretaket ikke har noen kjennskap til at det vil fremkomme ulovlig informasjon, er det ingen ting som tilsier at det må kreves at det tas avstand allerede ved møtets innledning. Det klare utgangspunktet må da være at det ikke er nødvendig at foretaket tar avstand allerede på dette tidspunktet for å unngå ansvar.

Videre kan det bli spørsmål om foretaket er forpliktet til å ta avstand på det tidspunkt det fremkommer informasjon eller lignende av en slik art at foretaket forstår at det vil være konkurransebegrensende. I en slik situasjon vil det være mer naturlig at selskapet allerede på dette tidspunkt tar avstand. Slik kan det påvirke de andre selskapene, og derved ha en preventiv effekt slik at konkurransestridig atferd unngås. Dersom det ikke tar avstand, vil det tilegne seg opplysningene, og dermed på mange måter ha overtrådt forbudet. De beste grunner taler derfor for at kravet til avstandstakelse må gjelde på det tidspunkt det fremkommer informasjon som er i strid med konkurransereglene. En avstandstaken på dette tidspunktet må og kunne sies å bidra til å oppfylle kravet om at avstandstakelsen skal skje på en klar måte. Når det skjer på det tidspunktet informasjonen fremkommer må det fremstå som klart for de øvrige konkurrentene at foretaket ikke ønsker å ta del i samarbeidet, slik at det klarhetskrav som rettspraksis gir anvisning på også vil være oppfylt.

Dersom avstandstakelsen skjer på dette tidspunktet vil det heller ikke på noe tidspunkt være skapt en felles forståelse, noe som i så fall vil medføre at begrepet samordnet praksis ikke vil være oppfylt. Dermed vil avstandstakelsens funksjon også realisere seg. Lovformålet i konkurranselovens § 1 om å fremme konkurranse for derigjennom å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser tilsier og at man på dette stadiet må ta avstand. Desto tidligere man tar avstand, i større grad må man anta at det er egnet til å fremme konkurransen, da det motsatte at man blir bidrar til å hemme konkurransen. Resultatet er da at et foretak må ta avstand på dette tidspunktet dersom det skal unngå ansvar.

Gitt at man ikke er pliktig til å ta avstand på et tidligere tidspunkt, kan det reises spørsmål ved om plikten til å ta avstand inntreffer på et senere tidspunkt etter at foretaket har fått informasjonen og forholdene er mer avklart, ofte ved møtets slutt. I en slik situasjon vil foretaket ha fått tilgang til de opplysninger som kan innvirke på deres egen opptreden. Selv om det da tar avstand, er det likevel sannsynlig at det direkte eller indirekte, bevisst eller ubevisst, vil ta hensyn til dette under dets senere opptreden på markedet. En avstandstaken vil da ha redusert virkning fremfor om den hadde kommet på et tidligere tidspunkt. Det kan også godt tenkes at man på et slikt tidspunkt må kunne si at det allerede foreligger en felles forståelse basert på kontakt med et konkurransebegrensende formål og at forbudet allerede er overtrådt. Da vil det i så fall være for sent å ta avstand.

Likevel synes dette som en streng tilnærmingvinkel. Dersom avstandstakelsen skjer ved møtets avslutning vil den felles forståelse allikevel ikke eksistere ved møtets oppløsning. Dermed så er avstandstakelsens funksjon oppfylt, noe som taler for å godta at avstandstakelse ved møtets avslutning er tilstrekkelig for at det ikke kan pålegges ansvar. Også kravet til at avstandstakelsen skal skje på en klar måte synes å være oppfylt, da de øvrige konkurrentene neppe kan være i tvil om at det ikke eksisterer en felles forståelse dersom avstandstakelsen kommer ved møtets avslutning. Dog kan det skape en viss uklarhet at avstandstakelsen ikke har kommet tidligere. Derfor taler mye for at plikten til å ta avstand må inntre på et tidligere tidspunkt. I alle fall må det kreves at foretaket tar avstand før møtet avsluttes, dersom møtet er av en art som er uforenelig med konkurransereglene. Dersom det ikke skulle være nødvendig at det tas avstand på et tidligere tidspunkt må resultatet i alle fall være at det tas avstand på dette tidspunktet.

4.2.9 Betydningen av møtedeltakerens rolle

I det følgende vil jeg behandle spørsmålet om hvilke betydning møtedeltakerens rolle har for hvorvidt det rammes av vilkåret om samordnet praksis.

Den enkelte møtedeltakerens rolle kan være av ulik art. Det kan tenkes at man gir opplysninger eller at man bare mottar opplysninger. En deltager kan ha en utpreget aktiv rolle. En som mottar opplysninger, men som er pådriveren for at andre skal gi vil måtte betegnes som en aktiv deltager. Derimot kan det også tenkes at en deltager er passiv, slik at det ikke gis opplysninger fra dennes side. Dog vil deltageren ved simpelt hen å være tilstede ikke kunne unngå å motta den informasjon som fremkommer på møtet. Spørsmålet er da hvilke betydning deltagerens rolle har for om foretaket kan pålegges ansvar.

EF-Domstolens praksis synes å indikere at også der man er passiv så vil man være ansvarlig, med mindre man har tatt avstand. Ved kun å være tilstede uten å ta avstand så vil dette kunne virke som en tilskyndelse til å fortsette overtredelsen. Derfor er foretaket gjort ansvarlig i slike tilfeller.⁷⁹

Videre uttales det i Aalborg Portland i premiss 323 at *”Da Aalborg ikke havde bevist, at virksomheden havde taget afstand fra drøftelserne vedrørende ETF, var Retten berettiget til at bekræfte Kommissionens konklusioner om, at Aalborg ved sin deltagelse uden forbehold på mødet den 9. september 1986, hvorunder formålet med ETF var blevet nævnt, havde deltaget i den enighed, som førte til oprettelsen af denne gruppe. Retten begik ingen fejl, da den afviste det som irrelevante omstændigheder, at Aalborg havde forholdt sig passiv på det nævnte møde, og at virksomheden ikke havde deltaget i de efterfølgende møder og i gennemførelsen af de nævnte tiltag”*. [Min understrekning.]

Uttalelsen indikerer at man blir ansvarlig også der man er passiv, med mindre man har tatt avstand. Uttalelsen kan og muligens indikere og støtte opp under tanken at avstandstakelsen må skje på det tidspunkt når man får kjennskap til det konkurransestridige formålet.

⁷⁹ C-204/00 Aalborg Portland A/S m.fl. mot Kommisjonen premiss 84. Se også til illustrasjon Svenske Marknadsdomstolen 2005 nr 7 s. 34.

Dette tilsier at den rolle møtedeltakeren har i møtet er av liten betydning. Selv der man bare er passiv og kun mottar informasjon fremgår det at man rammes. Møtedeltakerens rolle synes da ikke å ha betydning for om man rammes av forbudet eller ei. Imidlertid kan det godt tenkes at rollen kan ha betydning for utmålingen av sanksjoner.

Uttalelsene i rettspraksis synes å knytte kravet om avstandstakelse til passiv deltakelse. Uttalelsene kan muligens indikere at der man har vært aktiv og selv bidratt med informasjon så vil ikke en gang en avstandstakelse kunne medføre at man kommer fri. Imidlertid sies dette ikke klart, slik at det muligens ikke er dekning i avgjørelsen for å legge dette til grunn. Imidlertid kan det godt tenkes å være forenelig med de krav som må stilles til avstandstakelsen. En deltaker i møtet som er aktiv kan i mindre grad sies å ha tatt avstand fra møtets formål og innhold. Dersom man uttrykker uenighet, men samtidig bidrar med informasjon vil klarheten ved avstandstakelsen ikke være særlig stor, slik at de krav rettspraksis oppstiller ikke kan være oppfylt. En slik avstandstakelse vil fort bli av formelt preg uten at den har noen nevneverdig realitet. Det kan også være slik at en felles forståelse lett likevel vil kunne bli skapt, slik at også avstandstakelsens funksjon ikke vil bli realisert. Derfor kan mye tale for at en aktiv part ikke engang ved å ta avstand kan komme unngå ansvar. Det vil i så fall ha den betydning at kravet til avstandstakelse primært er av betydning i de tilfeller der parten forholder seg passiv.

Spørsmålet som skal behandles i det følgende er hvorvidt et foretak som er aktive i møter ved å gi informasjon, uten at det får noe tilbake, kan sies å rammes av forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid. I utgangspunktet vil et foretak ved å være aktiv gjennom å gi informasjon om egen markedsatferd på møter kunne påvirke andre foretak, og således opptre annerledes enn de ellers ville ha gjort. Imidlertid er det ikke gitt at foretaket som gir informasjon selv vil opptre annerledes i en slik situasjon enn det hadde gjort dersom det ikke hadde gitt opplysninger i møter.

Legger en til grunn at dette er tilfelle så kan det vanskelig ses at de kriteriene som er oppstilt er oppfylt. Imidlertid er foretaket bidragsyter til at de andre foretakene bryter

forbudet. Det ligner da en klassisk medvirkningssituasjon. Etter konkurranselovens § 10 er medvirkning rammet. Dermed må man kunne slutte at denne situasjonen rammes av forbudet i konkurranselovens § 10. Når det gjelder EØS art 53 og EF art 81 så har ikke disse artiklene bestemmelser om medvirkning. Det kan dermed tilsi at situasjonen ikke rammes. Imidlertid så har EF domstolen anlagt en dynamisk tolkning, slik at de trolig omfattes allikevel.

Videre vil jeg behandle den situasjon at et foretak er passive i den betydning at det selv ikke gir informasjon, men er til stede i møter og mottar informasjon. I en slik situasjon vil foretaket få informasjon som mest sannsynlig vil kunne innvirke på dets senere markedsatferd. I mangel av avstandstaken så må foretaket anses for å tilslutte seg det de får kjennskap til, og slik sett må det kunne sies å foreligge en felles forståelse. Og som jeg har nevnt tidligere kan det ikke være tvilsomt at det har vært kontakt mellom foretak når de deltar i møter med hverandre. Foretakene har da koordinert seg i forhold til sine konkurrenter, og dette er årsak til den senere atferd de har på markedet, som er en annen en hva den ville vært uten at de hadde vært til stede i møtene. Dermed synes det naturlig å la denne situasjonen rammes av forbudet og således være ulovlig.

Også i de tilfeller der foretakets aktivitet er en mellomting mellom den pådrivende part og den som kun er passiv må det samme gjelde, for eksempel ved at man kun delvis har en aktiv rolle.⁸⁰

4.3 Bevissspørsmål ved møtedeltakelse

Jeg vil i det følgende behandle bevissspørsmål knyttet til tilfeller der et foretak deltar i møter, herunder bevis i forhold til avstandstakelse.

⁸⁰ T-141/89 Trefileurope mot Kommisjonen premiss 83-85 og 158.

Av rettspraksis følger det at dersom Kommisjonen har ført bevis for at det har vært møter som et foretak har deltatt i så er dette sterke bevis for at det har vært en samordnet praksis. Normalt vil beviset for at det har vært møter og at det har hatt et konkurransestridig formål være tilstrekkelig bevis til å pålegge ansvar. For å unngå ansvar må et foretak da selv føre bevis som tilsier noe annet. Det selskapet da må bevise er at deltakelsen i møtene ikke skjedde for å begrense konkurransen og påvise at det har tatt avstand fra møtets formål. Dette følger av EF-domstolens avgjørelser.⁸¹ Dersom foretaket ikke fører slik motbevis må det anses for å ha tilsluttet seg innholdet i møtet, og at det således er medansvarlig.

Et tilfelle hvor foretaket vil ha en slik plikt til å fremkomme med motbevis er i de tilfeller der Kommisjonen har bevist at det har forekommet møter som foretakene har deltatt i og det er bevist at kontakten hadde et konkurransebegrensende formål. I slike tilfeller antas det å foreligge samordnet praksis. Konkurransemyndighetene slipper da å bevise at det rent faktisk har vært en samordnet atferd. På sett og vis kan man da si at bevisbyrden går over på foretakene slik at det er de som på fremlegge bevis. Det er imidlertid ikke snakk om noen snudd bevisbyrde. Mer korrekt er det å se det slik at dersom Kommisjonen har ført tilstrekkelige bevis, så må foretakene komme med bevis som tilsier noe annet for å unngå ansvar. At det er slik at bevisbyrden snus når kommisjonen har bevist at man har deltatt i møter med konkurransebegrensende formål støttes også av uttalelsene i avgjørelsen C-49/92 P Kommisjonen mot Anic Partecipazioni SpA. I premiss 96 uttales det at:

”[D]et var korrekt, når Retten, uden ubehørigt at vende bevisbyrden om, fandt, at det – efter at Kommissionen havde ført bevis for Anic’s deltagelse i de møder, hvorpå prisinitiativerne var blevet besluttet, tilrettelagt og kontrolleret – påhvilede Anic at føre bevis for, at selskabet ikke havde tilsluttet sig dem.”

⁸¹ C-235/92 P Montecatini SpA mot Kommisjonen premiss 22 og 181, C-49/92 Kommisjonen mot Anic Partecipazionei SpA premiss 96, C-199/92 Hüls AG mot Kommisjonen premiss 155, C-204/00 P Aalborg Portland A/S m.fl. mot Kommisjonen premiss 81, T-15/89 Chemie Linz AG mot Kommisjonen premiss 183, T-61/99 Adriatica di Navigazione SpA mot Kommisjonen premiss 91. Se også til illustrasjon Svenske Marknadsdomstolen 2005 nr 7 s. 21.

Altså er det en presumsjon for at når man har deltatt i møter, så har dette virket inn på atferden. Dersom noe annet er tilfelle, må foretaket bevise dette.

Generelt virker det slik at Kommisjonen har bevisbyrden for å påvise at det har vært møter, og kontakt. Men om dette er på plass så går bevisbyrden over på foretakene. Det er da foretakene som må bevise at det de har fått kjennskap til på møtene ikke har innvirket på den atferd de har i markedet. Dette gjøres gjerne ved å vise til at man hadde planer på et tidligere tidspunkt enn møtene fant sted, slik at atferden uansett ville blitt den samme.

Et spørsmål som da reiser seg er hva et foretak kan gjøre for å muliggjøre et bevis som peker mot noe annet enn at det har deltatt og delt møtenes konkurransestridige formål.

En aktuell mulighet er å få avstandstakelsen protokollert. Først vil jeg ta stilling til om det materielt sett eksisterer noen plikt til å få en avstandstakelse protokollert. Nærmere bestemt om det må kreves at foretakets representanter må sørge for å få avstandstakelsen protokollert for at det kan sies å ha tatt avstand og dermed være ansvarsfri. For dette tilsier hensynet til klarhet. Å få avstandstakelsen protokollert vil kunne bidra til å gjøre det klart for de øvrige deltagere at man virkelig tar avstand. Også bevishensyn kan tale for dette. At det fremgår av protokollen at en deltager har tatt avstand vil kunne gjøre dette lettere å bevise i ettertid. Mot dette taler imidlertid at deltagerne på ulovlige møter ikke kan antas alltid å føre protokoll, da man vil forsøke å ha færrest mulige dokumenter som kan felle dem om møtevirksomheten skulle bli oppdaget. Slik sett synes et krav om protokollasjon være urimelig å kreve. For kan være at virksomhetene i ettertid vil forsøke å bagatellisere sin egen rolle i kartellet, og slik sett kan også protokollasjon virke klargjørende. Jeg heller totalt imot at man likevel ikke kan oppstille et krav om at avstandstakelsen må være protokollert for at den skal være ansvarsbefriende.

Selv om det ikke er et materielt krav om protokollasjon så er en mulighet er at foretaket sørger for å få avstandstakelsen protokollert. Dersom man er i stand til å legge frem

dokumentasjon som viser at man har fått avstandstakelsen protokollert burde dette være et forhold som kan medføre at man unngår å komme i ansvar. Så selv om det ikke er nødvendig så kan det likevel være tilstrekkelig for å unngå ansvar. Særlig hensett til det forhold at det normalt skal en del til for at Kommisjonen anses for å ha bevist at det foreligger brudd på bestemmelsen.

En annen mulighet er også at foretaket på annen måte sørger for å ha skriftlig bevis på avstandstakelsen. I utgangspunktet må en muntlig avstandstakelse være like akseptabelt som en skriftlig. Det avgjørende rent materielt sett er at man har tatt avstand på en slik måte som beskrevet ovenfor. Men en muntlig avstandstakelse er vanskelig å bevise, og vil fort ikke være nok til å skape nok tvil til at man unngår ansvar. Derfor bør foretaket sørge for at avstandstakelsen er skriftlig.

Imidlertid så kan også dette skape bevismessige problemer. Der et foretak hevder at det skriftlig har tatt avstand, vil man nødvendigvis måtte få det som har mottatt den skriftelige avstandstakelsen til å bekrefte dette, og dermed vil man involvere de andre i saken, noe det ikke er gitt at de andre involverte konkurrentene ønsker. En måte å løse dette på er å operere med en slags mottakskvittering hvor de andre skriftlig bekrefter at de har mottatt avstandstakelsen. Riktignok kan det stilles spørsmål med hvor egnet en slik løsning er i praksis.

Det er altså slik at Kommisjonen må bevise at foretaket har deltatt i møter hvor det er inngått konkurransestridige avtaler uten at det er tatt avstand fra dette for at det har deltatt i kartellet. Jeg synes for øvrig uttalelsene er noe uklare med henhold til om Kommisjonen må bevise alt, eller om det er nok at den beviser møtene. Nærliggende er å forstå uttalelsen slik at det må føres bevis for alt.

5 Avsluttende Kommentar

Oppgavens tema har vært i hvilke omfang foretak som deltar i møter med sine konkurrenter kan pålegges ansvar for å ha brutt forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid. Som min redegjørelse har vist vil det avgjørende være om det kan sies å ha deltatt i en samordnet praksis, hvor det sentrale er om det har vært en felles forståelse basert på kontakt. Der foretaket har deltatt i møter hvor det utveksles markedsrelevant informasjon må foretaket for å unngå ansvar vise at det på en klar måte offentlig har tatt avstand fra møtenes innhold og formål. Alternativet for at foretaket ikke skal pålegges ansvar er at det klarer å føre motbevis mot de beviser Kommisjonen eller lignende konkurransemyndigheter fører for at det foreligger brudd, noe som kan være vanskelig da det er en rekke bevispresumpsjoner.

Rettstilstanden medfører derfor at det for foretak er viktig å være bevisste på de gjeldende krav og at de er oppmerksomme på å overholde disse når de opptrer i markedet.

6 Litteraturliste

Regelverk:

Traktat om opprettelse av det europeiske fellesskap (Romatraktaten) av 25. mars 1957

Avtale om det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-avtalen)

Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger av 5. mars 2004 nr. 12

Rådsforordning nr. 17 1962

Rådsforordning nr. 1 2003

Forarbeider:

Ot.prp. nr. 6 2003-2004

Rettspraksis:

EF-Domstolen:

C-41/69 ACF Chemiefarma mot Kommissjonen

C-48/69 Imperial Chemical Industries Ltd. Mot Kommissjonen

C-40/73 Suiker Unie mot Kommissjonen

C-172/80 Gerhard Zuechner mot Bayerische Vereinsbank AG

C-29/83 og 30/83 Compagnie Royale Asturienne Des Mines S.A. og Societe Rheinzink GMBH mot Kommissjonen

C-89/85 A Ahlstrøm Osakeyhtiö m.fl mot Kommissjonen

C-41/90 Höfner og Elser mot Macroton GmbH

C-49/92 P Kommissjonen mot Anic Partecipazioni SpA

C-199/92 P Hüls AG mot Kommissjonen
C-235/92 P Montecatini SpA mot Kommissjonen
C-7/95 P John Deere Ltd mot Kommissjonen
C-185/95 P Baustahlgewebe GmbH mot Kommissjonen
C-291/98 P Sarriò SA mot Kommissjonen
C-204/00 P Aalborg Portland A/S m.fl mot Kommissjonen
C-359/01 P British Sugar plc mot Kommissjonen

EF-Retten:

T-15/89 Chemie Linz AG mot Kommissjonen
T-141/89 Trefileurope Sales SARL mot Kommissjonen
T-30/91 Solvay SA mot Kommissjonen
T-141/94 Thyssen Stahl AG mot Kommissjonen
T-334/94 Sarriò SA mot Kommissjonen
T-347/94 Mayr-Melnhof Kartongeschellschaft GmbH mot Kommissjonen
T-61/99 Adriatica di Navigazione SpA mot Kommissjonen (Anket inn for domstolen som sak C-111/04 P)

Kommissjonens beslutninger:

Kommissjonens beslutning av 21. desember 1988 LdPE nr. 89/191

Norsk rettspraksis:

Rt. 1992 s. 64 P-pilledom II

Rt. 1999 s. 14

Andre:

Den svenske Marknadsdomstolens avgjørelse 2005:7

Juridisk teori:

Tidsskrift for Rettsvitenskap 2003 nr. 5, artikkel av Erling Hjelmeng med tittel Informasjonsutveksling mellom konkurrenter og kartellforbudet i EØS-avtalen.

Richard Whish, Competition Law, Fifth Edition, 2003

Fredrik Sejersted m. fl, EØS-rett, 1995 (7. opplag 2003)

Goyder, EC Competition Law, fourth edition, 2003

Jens Fejøl, EU-konkurrenserett, 2. utgave, 1997

7 Lister over tabeller og figurer m v